Zur Lehre von den Willensmängeln.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde beider Rechte

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Becker

Rechtspraktikant aus Landau (Pfalz).

ACAD. IURIDICA BIBL.

Approbiert am 7. Dezember 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

185

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder

Meinen Eltern gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Von den Willensmängeln im allgemeinen.

I. Einleitendes 1
II. Willensmangel und Geschäftsabsicht 1
III. Mögliches Subjekt der Willensmängel 3
IV. Die Divergenzen von Wille und Erklärung 5
V. Der versteckte Dissens kein Willensmangel 11
VI. Erklärungstheorie und Willensdogma 13
VII. Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Willensmängel 14

§ 2. Von der Sonderregelung der Willensmängel.

I. Stellvertretung 27
II. Eheschließung 35
III. Verfügungen von Todeswegen 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549828_0078

Literaturverzeichnis.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 6. Aufl., herausgegeben von Greiff. 1909.
Affolter, Zur Lehre vom Vertrag. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 8.
Arndts, Pandekten.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1889.
van Biema, Der stellvertretende Abschluß obligatorischer Verträge. Erlanger Diss. 1906.
Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht. 1908.
Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1. 1901.
Brinz, Pandekten. 1. Aufl. 1860.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1903.
Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 1902. Bürgerliches Recht. Bd. 5. 1905.
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit. Bd. 1. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903, Bd. 2 Abt. 2 8./9. Aufl. 1908, Bd. 3 3./5. Aufl. 1899.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1908, Bd. 1 Abt. 1 4./5. Aufl. 1909.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8. Aufl. 1909.
Gareis, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Gerigk, Das Ehehindernis des Irrtums im kanonischen Recht. Breslauer Diss. 1898.
Gutachtliche Äußerungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 6.
Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1897.
Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Rechte. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 1901 Bd. 42.
Hölder, Pandekten. Allgemeine Lehren. 1891.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Hugo Neumann, 33. Jahrg. 1904, 34. Jahrg. 1905.
Karesti, Zur Lehre von den Willensmängeln, insbesondere der Irrtum über die Vorbestraftheit. Erlanger Diss. 1907.
Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1900, 9. Aufl. 1906.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1. 1898.
Lassalle, System der erworbenen Rechte. Teil 1. 1861.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 1896 Bd. 36.
Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Maaser, Erläuterung des § 166 BGB. Jenaer Diss. 1902.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte nach bürgerlichem Recht. 1900.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Materialien, Die gesamten, zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mugdan. Bd. 1.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 2. 2. Aufl. 1904.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 2. Aufl. 1900.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1908. (2. Aufl. des Kommentars von Gareis.)
Opet u. Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.
v. Pestalozza, Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB. Würzburger Diss. 1904.
Pinczower, Der Irrtum des Stellvertreters bei Rechtsgeschäften. Erlanger Diss. 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. 1903, Bd. 4 3. Aufl. 1906, Bd. 5 3. Aufl. 1908.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1, 5 u. 6.
Puchta, Pandekten.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, 10. Jahrg. 1906.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. 1840.
Scherer, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1900.
Schmidt, Die bürgerliche Ehe. München, Beck, 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 3./4. Aufl. 1907, Bd. 4 3./4. Aufl. 1908, Bd. 5 3./4. Aufl. 1909.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1901.
Trebing, Die Behandlung von Willensmängeln bei direkter Stellvertretung nach § 166 BGB. Jenaer Diss. 1904.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92.
Windscheid, Pandekten.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.

Zur Lehre von den Willensmängeln.

§ 1.

I. Die Willensmängel haben eine allgemeine Regelung erfahren in den §§ 116—124 BGB. Der 1. Entw. behandelte sie im 5. Titel des Abschn. 4 unter der ausdrücklichen Überschrift „Willensmängel." Sie ist ins Gesetz nicht aufgenommen, vielmehr stehen die betreffenden Paragraphen zu Anfang des 2. Titels des Abschn. 3, wo außerdem noch sonstige allgemeine Vorschriften über die „Willenserklärung" gegeben sind.

An einer einzigen Stelle hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „Willensmängel": § 166 Abs. 1,[1]) und da ist die Kenntnis des Begriffes vorausgesetzt.

Der Entwurf gibt in verschiedenen Paragraphen eine Umschreibung des Begriffes in den Worten: Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen. In dieser Fassung begegnen wir ihm denn auch allenthalben in der Literatur. Allein es ist zu beachten, daß damit, wenn auch die Mehrzahl der Fälle, so doch nicht alle getroffen werden, ganz abgesehen von der wenig glücklichen, aber gleichwohl üblichen Bezeichnung „erklärter Wille".

II. Das Wort „Willensmangel" stellt grammatisch eine compositio dar, und zwar, wie das genitivische — s untrüglich besagt, eine sogen. uneigentliche Zusammensetzung. Wir haben im ersten Bestandteil des Wortes den reinen Genitiv vor uns, sodaß Willensmangel soviel ist wie Mangel des Willens[2]) (vgl. hiefür Jacob Grimm, Deutsche Grammatik Bd. 2).

Nun ist das Wort Mangel in der deutschen Sprache nicht eindeutig. Es bezeichnet ursprünglich das Fehlen, Nichtvorhanden-

---

[1]) Gradenwitz, Wortverzeichnis z. BGB.

[2]) Eine ungenaue Interpretation könnte auch zu: „Mangel im Willen" kommen, indem sie fälschlich eine eigentliche compositio annähme. (Grimm Bd. 2 S. 404: „Sehr viele Substantivzusammensetzungen werden erklärt, wenn man sich eine Präposition zu dem ersten Worte und dieses in dem davon abhängigen casus denkt."). — Es ist nötig, das hervorzuheben, weil der Begriff, je nachdem so oder anders aufgefaßt, an Weite gewinnt oder verliert.

sein einer Sache, weiterhin aber die Unvollkommenheit, Mangelhaftigkeit einer vorhandenen Sache. So daß also Willensmangel sowohl das Fehlen wie die Fehlerhaftigkeit des Willens bedeuten kann.

In beiden Bedeutungen finden wir den Ausdruck im Gesetz verwertet: in den Fällen der §§ 116—118 im ersten, der §§ 119, 120, 123 im zweiten Sinne.[1])

Diese Aufstellung zeigt deutlich, um was für einen Willen es sich für uns hier nur handeln kann. Nicht auf den aus der Erklärung ersichtlichen Willen,[2]) sondern auf den wahren Willen, dessen Spiegelbild die Erklärung durchaus nicht immer zu sein braucht, kommt es uns an, mit andern Worten: auf den Ge-

---

[1]) Hölder, Pand. S. 226 beanstandet, daß der (damalige) Entw. z. BGB. die Fälle des Scheingeschäfts und der reservatio mentalis mit den Fällen des Irrtums und Zwanges zusammen unter der Bezeichnung „Willensmängel" behandelt. Der Ausdruck treffe nur für die beiden letzten Fälle zu. Eine nähere Begründung gibt er nicht, sie ist auch entbehrlich, da er Willensmangel umschreibt als mangelhaften oder fehlerhaften Willen. — Rein sprachlich gewiß zu Unrecht nimmt er Mangel = Mangelhaftigkeit, Fehler, vielleicht genötigt durch die Annahme einer eigentlichen Zusammensetzung (s. die vorhergehende Anm.). Aber ich glaube kaum, daß sprachliche oder grammatische Gesichtspunkte hier für Hölder bestimmend waren. Vielmehr denke ich, daß den Juristen die bei zweifelloser innerer Verschiedenheit vom Gesetz beliebte gleichmäßige Behandlung der fraglichen Paragraphen nicht befriedigt hat und er dem in seiner Scheidung Ausdruck geben wollte. Das ist auch aus seiner Berufung auf Lassalle zu entnehmen, der (System der erworbenen Rechte Bd. 1 S. 89 ff.) bei den von Irrtum, metus und dolus beeinflußten Willensäußerungen das Fehlen der Willensfreiheit betont und in diesem Zusammenhang von mangelndem (sollte heißen mangelhaftem) Willen spricht.

Auch in seinem Komm. zum Allg. Teil BGB. hat Hölder die Unterscheidung beibehalten. Den §§ 116—118 gibt er die gemeinsame Überschrift „Ernstlichkeit", während erst die §§ 119 ff. „Willensmangel" überschrieben sind. Daher wir aus seinem Satz (Komm. S. 256): „Willensmängel sind Irrtum und Zwang nicht im Sinne solcher Umstände, die den Willen ausschließen, aber als solche Umstände, die der Handlung eine abnorme, den Handelnden zu ihrer Anfechtung berechtigende Beschaffenheit verleihen" nicht entnehmen dürfen, daß er die den Willen ausschließenden Umstände nun mit unter der Bezeichnung „Willensmängel" verstehe. — Ob die Scheidung eine praktische Bedeutung für ihn hat, ist nicht mit Sicherheit zu sehen, da die Namhaftmachung der Bedrohung, Täuschung und falschen Vorstellung in Anm. 1 zu § 166 möglicherweise exemplikativ ist. — Neuestens tadelt es auch Enneccerus (Lehrb. des bürgerl. R. 4. u. 5. Aufl. 1909 Bd. 1 S. 392) als einen inkorrekten Sprachgebrauch, wenn man auch dann, wenn der Wille fehle, von Willensmängeln spreche, unter der Bezeichnung also alle in den §§ 116—124 BGB. behandelten Fälle zusammenfasse. Er überschreibt das Kapitel, in dem er von den §§ 116—124 handelt, „Fehlen des Willens und Willensmängel", hält also jedenfalls den Namen „Willensmängel" für Tatbestände der §§ 116—118 für unangebracht. —

[2]) So Kareski, Zur Lehre von den Willensmängeln, Erlanger Diss. 1907, der nur vom „erklärten Willen" und seiner Mangelhaftigkeit spricht (S. 20).

schäftswillen, die Geschäftsabsicht. Sie fehlt im Tatbestand der §§ 116—118, sie ist mit einem Mangel behaftet in den §§ 119 ff.[1])

III. Ist es so der Geschäftswille, der für die Frage der Willensmängel maßgebend ist, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß all die Fälle, wo die Möglichkeit eines solchen ausgeschlossen ist, für den Kreis der Willensmängel ausscheiden. Das sind:

1. die Fälle, die das Bürgerliche Gesetzbuch unter der Geschäftsunfähigkeit begreift, nämlich
   a) die Kindheit (das Alter bis zum vollendeten 7. Lebensjahre),
   b) dauernde, die freie Willensbestimmung ausschließende Zustände krankhafter Störung der Geistestätigkeit,
   c) durchgeführte Entmündigung wegen Geisteskrankheit.

Zu diesen Fällen konstanter rechtlicher Willensunfähigkeit treten

2. die Fälle bloß momentaner — tatsächlicher wie rechtlicher — Willensunfähigkeit, nämlich Bewußtlosigkeit und vorübergehende Störung der Geistestätigkeit. — Den status der Geschäftsunfähigkeit vermögen solche Zustände bei ihrer vorübergehenden Natur nicht zu begründen (s. die Kommentare). Nicht die Ungültigkeit von Willenshandlungen überhaupt, sondern nur die einzelner Willensakte steht hier in Frage.

3. Neben der absoluten rechtlichen Willensunfähigkeit der unter 1. und 2. bezeichneten Fälle kommt die relative Willensunfähigkeit der beschränkt Geschäftsfähigen in Betracht.

Der § 107 BGB. schreibt vor: „Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters".

Positiv ausgedrückt heißt das: Der Minderjährige ist zu einer Willenserklärung, die ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, selbständig befähigt. (Den Minderjährigen stehen nach der Vorschrift des § 114 BGB. die wegen Geistesschwäche, Verschwendung

---

[1]) Die Formulierung bei Kareski S. 20: „Der erklärte Wille ist mangelhaft, wenn er entweder nicht der wahre Wille oder in mangelhafter Weise zustande gekommen ist", ist an sich richtig. Nur ist es im letzten Falle zunächst der wahre Wille, der in mangelhafter Weise zustande kommt. Der diesem anhaftende Mangel überträgt sich dann, da bei den ins Auge gefaßten Fällen (Betrug und Zwang) der wahre Wille erklärt wird, allerdings auf den erklärten Willen.

Auch die Definition des Begriffs Willensmangel als Beschaffenheit des Willens von näher bezeichneter Art (S. 11) zeigt, daß Kareski nicht auf unserm Boden steht. Da für ihn überall nur Mangelhaftigkeit des Willens vorliegen muß, kann er nicht durchweg auf den Geschäftswillen abstellen, er müßte denn der Sprache und ihrer Logik Gewalt antun.

oder Trunksucht Entmündigten und die unter vorläufige Vormundschaft Gestellten in Ansehung der Geschäftsfähigkeit gleich).

Für solche besonders gearteten, im Rechtsverkehr nicht gerade häufigen Willenserklärungen hat also das Recht die Willensfähigkeit der Minderjährigen (und der ihnen Gleichgestellten), mithin die Möglichkeit eines selbständigen Geschäftswillens anerkannt. Sie unterscheiden sich insoweit in nichts von den voll Geschäftsfähigen. Der Anwendung der §§ 116 ff. scheint nichts im Wege zu stehen. Doch ist hier einige Vorsicht nötig.

Das typische Beispiel einer lediglich rechtliche Vorteile bringenden Erklärung ist die Annahme einer von Auflagen freien Schenkung. Ist der Willensmangel der Mentalreservation möglich? Gewiß. Der minderjährige Neffe läßt sich in der Erwartung rentablerer Zuwendungen das für ihn völlig wertlose Geschenk seitens des schrullenhaften Onkels ruhig gefallen. Ebenso findet § 116 Satz 2 Anwendung.

Auch die im Einverständnis mit dem „Schenkenden" zum Schein abgegebene Annahmeerklärung (§ 117) ist denkbar.

Der § 118 dagegen ist schon deswegen nicht anwendbar, weil durch § 122 eine eventuelle Verpflichtung zum Schadensersatz begründet wird. Aus dem gleichen Grunde scheiden die §§ 119, 120 aus.

Im Falle des Betrugs und Zwanges endlich (§ 123) steht einer selbständigen, wirksamen Anfechtung seitens des Minderjährigen nichts im Wege, sofern nur die Anfechtungserklärung eine solche ist, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Das wird sie auch dann sein, wenn sie das Mittel zur Entbindung von einer rechtlichen Verpflichtung darstellt. Es kann sich hier freilich nur um Geschäfte handeln, für die der Minderjährige seinerzeit wegen ihres onerosen Charakters der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedurft hatte.[1])

Dem engbegrenzten Kreis der der eigenen Machtbefugnis des Minderjährigen überlassenen Geschäfte steht die große Anzahl der mit rechtlichen Verpflichtungen verbundenen Geschäfte gegenüber. Für diese ermangelt der Minderjährige für sich allein jedes vom Recht anerkannten Willens. Er ist insoweit völlig willensunfähig; für die Frage nach etwaigen Willensmängeln bleibt kein Raum.

---

[1]) Über das Anfechtungsrecht der Minderjährigen schweigen die meisten Kommentatoren ganz. S. aber Oertmann, Komm. S. 322, der die „Anfechtung eines den Minderjährigen einseitig belastenden Geschäftes, aber nicht wegen Irrtums" zu den von dem Minderjährigen allein wirksam vornehmbaren Erklärungen zählt.

IV. Zeigt diese Ausführung, wer als Subjekt der vom Gesetz unter Willensmängeln verstandenen Tatbestände in Betracht kommen kann, so ist das nur eine Seite der Sache. Zu der Frage: Wer kann einen Tatbestand erfüllen? kommen die andern: Wodurch wird dieser Tatbestand erfüllt? und: Was für eine Wirkung hat die Erfüllung? Das führt uns zu den Arten der Willensmängel.

Bei ihrer Einteilung folgen wir dem Gesetzbuch, indem wir die Reihenfolge der dort bezeichneten Tatbestände beibehalten.

Als zusammengehörig erweisen sich, wie allgemein angenommen, die §§ 116—118, §§ 119, 120 und die beiden Fälle des § 123. Und zwar zusammengehörig im Sinne folgenden Schemas:

A. Wille und Erklärung gehen auseinander:

I. Die Divergenz geschieht mit der Absicht, mit dem Bewußtsein des Erklärenden. Ich erkläre wissentlich etwas, was ich nicht will. §§ 116—118.

II. Die Divergenz geschieht ohne Willen und Bewußtsein des Erklärenden. Ich erkläre irrtümlich etwas, was ich nicht will. §§ 119, 120.

B. Wille und Erklärung stimmen überein. Aber ich erkläre nicht aus freier Initiative. § 123.

Es wird sich zeigen, daß die Gruppierung der einzelnen Fälle unter dieses Schema der Korrektur bedarf.

1. Die Simulation des § 117 und die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nach § 118 stehen ohne Zweifel unter A. I. an richtiger Stelle. Sowohl bei der einem andern gegenüber abzugebenden, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegebenen Willenserklärung (§ 117) wie auch bei der nicht ernstlich gemeinten, in der Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, abgegebenen Erklärung (§ 118) fehlt jede tatsächliche Geschäftsabsicht. Der Handelnde erklärt zwar bewußtermaßen, einen Rechtseffekt zu wollen, doch entbehrt diese Erklärung der wirklichen Grundlage. Insofern divergiert seine Erklärung mit seinem Willen, nämlich dem Geschäftswillen. Da ein solcher nicht vorhanden ist, ist auch eine Übereinstimmung mit der Erklärung nicht möglich.

2. Die Mentalreservation des § 116 diesen beiden Fällen ohne weiteres koordinierend an die Seite zu stellen, trage ich einigermaßen Bedenken. Inwiefern und ob mit Recht, soll eine kleine Untersuchung über das Wesen der Mentalreservation zeigen.

Manche Schriftsteller (so Gareis, Komm. 1900; Dernburg, Die allgem. Lehren des bürgerl. R. 1902) sehen das gemeinsame und, wie es scheint, einzige Charakteristikum der §§ 116 u. 118 in der Nichternstlichkeit des Geschäftswillens. Hier wie dort handle

es sich um eine im Scherz abgegebene Erklärung, nur daß der § 116 des sogen. „bösen Scherzes", der § 118 dagegen den harmlosen Scherz betreffe. Da nun der Urheber einer im Scherz abgegebenen Erklärung deren Inhalt selbstverständlich nicht gewollt haben kann (wie hätte er auch sonst gescherzt!), ergibt sich als Essentiale des § 118:

Das, was ich erkläre, will ich nicht: ohne daß ich damit einen andern täuschen wollte, und des § 116:

Das, was ich erkläre, will ich nicht: habe aber dabei die Absicht, einen andern zu täuschen.

Wenn somit der Gesetzgeber die §§ 118 u. 116 lediglich durch das Fehlen bezw. das Vorhandensein einer Täuschungsabsicht zu einander hätte in Gegensatz stellen wollen, so hätte er dieser Intention durch das Setzen des Wörtchens „insgeheim" in § 116 genügt gehabt. Denn wenn ich auch selbstverständlich nicht verkenne, daß zunächst, wie in der Literatur allgemein angenommen, die Bedeutung dieses „insgeheim" dahin geht, daß der Vorbehalt eben nicht offenkundig, nicht erklärt ist — sei es überhaupt nicht, oder doch nur einem am Geschäfte Unbeteiligten erklärt — so glaube ich doch, daß gleichzeitig damit die Arglist des Erklärenden genügend zum Ausdruck gebracht ist: braucht doch das Schweigen über einen seelischen Vorgang noch lange kein Verheimlichen zu sein.

Der § 116 hätte also bei bloßer Gegensätzlichkeit zu § 118 etwa lauten müssen:

> Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende verheimlicht (verhehlt), daß er das Erklärte nicht will.

Nun spricht aber das Gesetz nicht von einem Verheimlichen, sondern von einem „Sich (insgeheim) Vorbehalten". Das ist etwas wesentlich anderes. Es soll damit nicht gesagt sein, daß der Erklärende bei Abgabe der Erklärung schon deren Inhalt nicht gewollt habe, sondern daß er die Möglichkeit, das als gewollt Erklärte später, gleichgültig ob kurz oder lang, nicht zu wollen, in seinen Willen aufgenommen hat.[1])

Um nun zu unserm Ausgangspunkt zurückzukehren: Welchen Zeitpunkt haben wir, wenn wir von einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung sprechen, für die Frage, ob eine solche vorliegt, im Auge? Natürlich nur den Moment der Abgabe der Erklärung. Ob der Wille auch später noch mit der abgegebenen

---

[1]) Ich komme, übrigens unabhängig von ihm, im großen und ganzen zu dem gleichen Resultat wie v. Pestalozza, Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB. (München 1904).

Erklärung harmoniert, oder nicht harmoniert, kann uns nicht interessieren. Das zeigen, wenn es überhaupt zweifelhaft sein kann, die §§ 117, 119.

Nun sind wir uns soeben darüber klar geworden, daß das Wesen der Mentalreservation nicht darin besteht, daß der Erklärende bei der Abgabe der Erklärung das Erklärte nicht gewollt hat. So gleichgültig für den Begriff der Mentalreservation auch die Frage ist, *ob* der Erklärende bei Abgabe der Erklärung ihren Inhalt gewollt hat oder nicht, für unsere Zwecke muß sie gestellt und beantwortet werden.

Da kommen wir denn zu zwei Möglichkeiten:

Erstens: Der Erklärende ist über sein rechtsgeschäftliches Wollen überhaupt noch nicht mit sich im reinen, er ist unentschlossen, ob er das Geschäft will oder nicht. Es fehlt bei Abgabe der Erklärung ein wirklicher Wille, sowohl nach der negativen wie nach der positiven Seite hin. Hier kann sehr wohl von einem „Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen" gesprochen werden.

Zweitens: Der Handelnde ist bei Abgabe der Erklärung zum Geschäfte entschlossen. Er hat den Inhalt seiner Erklärung gewollt, er hat die Geschäftsabsicht gehabt. Auch hier ist der Wortlaut des Gesetzes ohne weiteres verständlich.

Für ein Drittes, die bisher allein vertretene Ansicht, daß das Erklärte schon bei Abgabe der Erklärung nicht gewollt sei, bietet die obige Auslegung des Paragraphen keinen Raum. Denn was es für einen vernünftigen Sinn haben sollte, etwas, was ich jetzt schon nicht will, mir eigens *vorzubehalten*, auch künftig nicht zu wollen, vermag ich nicht einzusehen.

So können also auch wir von einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung bei der Mentalreservation sprechen; nur nicht im Sinne der bisherigen Literatur. Denn den dritten Fall vermochten wir nicht anzuerkennen. Aber in der ersten von uns aufgestellten Möglichkeit ist zweifellos ein Auseinandergehen von Wille und Erklärung gegeben, da ein rechtsgeschäftlicher Wille bei Erklärungsabgabe überhaupt noch nicht vorhanden ist. Im zweiten Fall dagegen kann von einer Divergenz keine Rede sein: das Geschäft war im Augenblick des Geschäftsabschlusses, auf den es allein ankommt, gewollt.

Wir glauben durch diese Ausführungen unser oben geäußertes Bedenken, den Fall des § 116 den Fällen der §§ 117 u. 118 anstandslos anzureihen, hinlänglich gerechtfertigt zu haben: Eine Divergenz kann bei der Mentalreservation sowohl bestehen (Nr. I), als auch fehlen (Nr. II).

Freilich wird man auch auf die Fälle, wo schon bei Erklärungsabgabe der Urheber der Erklärung ihren Inhalt nicht gewollt hat, in etwas laxer Weise den § 116 nach wie vor anwenden müssen. Insofern die Praxis für diese Fälle am althergebrachten Begriff der Mentalreservation festzuhalten genötigt ist, muß allerdings auch hier von einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung gesprochen werden.[1])

3. Die §§ 119, 120 betreffen diejenigen Fälle, in welchen sich der Erklärende des Mangels der Übereinstimmung seines Willens mit der Erklärung nicht bewußt ist.[2]) Wille und Erklärung divergieren also.

Das ist für § 119 Abs. 1 zweifellos, für Abs. 2 bestritten. Die Frage steht und fällt mit der rechtlichen Qualifizierung des Irrtums über Eigenschaften. Ich beschränke mich im folgenden auf eine knappe Darlegung meiner eigenen Ansicht, ohne näher auf die Literatur einzugehen.

Die Eigenschaften einer Sache machen sie zu dem, was sie ist. Es wäre töricht, sich eine Sache abstrahiert von ihren Eigenschaften zu denken. Irre ich mich über Eigenschaften, die der Sache wesentlich sind, so irre ich mich über die Sache selber. Der Qualitätsirrtum wird zum Identitätsirrtum.

Da ich (für gewöhnlich) eine Sache nur um ihrer Eigenschaften willen haben will, schließt ein Irrtum über Eigenschaften der Sache einen Irrtum im Beweggrund in sich, sofern nur die der Sache zugelegten Eigenschaften für meinen Entschluß mitbestimmend waren. Der Summe der begehrenswerten Eigenschaften entspricht in der Regel die Summe von Beweggründen. Irre ich mich über eine oder mehrere Eigenschaften nebensächlicher Natur, so kann man indessen nicht kurzweg von einem Irrtum im Beweggrund sprechen. Dieser liegt vielmehr bloß dann vor, wenn es die besonderen, mich eigentlich zum Geschäft bestimmenden Eigenschaften der Sache waren, über die ich mich getäuscht habe. Das brauchen aber nicht immer Eigenschaften zu sein, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Waren es solche, dann wird nach der Bestimmung des Abs. 2 § 119 der Irrtum im Motiv dem Geschäftsirrtum gleichgestellt und erzeugt ein Anfechtungsrecht. Waren sie es nicht, dann bleibt er ohne Beachtung.

Ob also der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften als Irrtum im Beweggrunde und nur als solcher zu werten ist, das ist m. E. eine Frage, die für ein- und allemal überhaupt nicht beantwortet werden kann.

---

[1]) Die hier vertretene Ansicht ist an den die Mentalreservation berührenden Stellen dieser Arbeit bei der Neuheit der Aufstellung nicht berücksichtigt.

[2]) Planck, Komm. S. 213.

So haben also gewiß diejenigen Unrecht, die schlechthin Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften und Irrtum im Motiv zusammenwerfen (so Manigk, Anwendungsgebiet S. 259 ff.). Häufig mögen sich beide decken, immer nicht.

Liegt ein reiner Irrtum im Motiv vor, dann waren natürlich Wille und Erklärung im Einklang, und es besteht insoweit für die unter § 119 Abs. 2 fallenden Tatbestände keine Divergenz. — (Vgl. zu der ganzen Frage Enneccerus Bd. 1 1908 S. 366, Biermann Bd. 1 1908 S. 240, Fischer-Henle 1909 Anm. 9 zu § 119, Cosack Bd. 1 1903 S. 220, Oertmann, Komm. 1908 S. 358, Hölder, Komm. Erl. 6 zu § 119).

4. Für die Fälle des § 123 nimmt die Literatur allgemein keine Divergenz zwischen Wille und Erklärung an. Man stützt sich dabei auf den Satz des römischen Rechts: „. . . quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui". Die Begründung der Rubrizierung dieser Tatbestände unter die Willensmängel ist daher genötigt mit dem außerhalb des Privatrechts liegenden Begriff der Willensfreiheit zu operieren. Der Mangel wird hier nicht in dem Widerspruch des Willens mit der Erklärung gefunden, sondern in der Verursachung des Willensaktes selbst. Man erkläre nichts anderes, als was man wolle; aber daß man es wolle, beruhe nicht auf freier, d. h. normaler Entschließung, sondern auf Drohung oder Täuschung durch einen Dritten (so Staudinger, Komm. Bd. 1 S. 371).

Das kann nicht ohne weiteres übernommen werden. Man erkläre nichts anderes, als was man wolle. Das ist richtig im Fall der arglistigen Täuschung. All den Momenten, die zu einem Willensentschluß führen, ist hier durch die Arglist des andern so schön der Boden bereitet, daß mein Wille existent wird, ohne daß ich auch nur eine Ahnung davon habe, daß ein anderer die Hand dabei im Spiel hat. Die verwerfliche Mitwirkung von dritter Seite kommt mir nicht zum Bewußtsein. Diese einfache Wahrheit verdient hervorgehoben zu werden, weil sich in diesem Punkte die Täuschung wesentlich von der Drohung scheidet und sie so den Ausgang für eine verschiedenartige Behandlung beider bilden kann.

Wir haben wiederholt auf die Geschäftsabsicht als den springenden Punkt bei der Lehre der Willensmängel hingewiesen. Daran muß auch hier erinnert werden. Wer ohne Gedanken über die Rechtschaffenheit des Partners und folglich ohne Bewußtsein der Unredlichkeit desselben durch dessen Verhalten zum Geschäft bestimmt wird, der hat den Geschäftswillen (die Täuschung ändert daran nichts), der ganz normalerweise den Erklärungswillen im Gefolge hat. Hier deckt sich zweifellos der Wille mit der Er-

klärung; er ist nur fehlerhaft motiviert. Das gilt aber nicht gleicherweise für die Drohung. Im Gegenteil wird hier der Geschäftswille in den meisten Fällen fehlen und lediglich der Erklärungswille vorhanden sein. Das ist nur natürlich. Der Bedrohte weiß, daß ihm ein Übel in Aussicht steht, wenn er dem andern nicht zu Willen ist. Diesem Übel zu entgehen, ist sein einziger Gedanke. So erklärt er, wie verlangt; tatsächlich aber mit seiner Erklärung auch einen Rechtseffekt zu beabsichtigen, wird ihm nur selten einfallen. Dafür spricht schon die Überlegung, daß anders als im Falle der arglistigen Täuschung, wo die Initiative zum Geschäft sehr wohl vom Getäuschten ausgehen kann, dies bei der Drohung gänzlich ausgeschlossen ist.

Es zeigt sich also, daß das „coactus volui" gerade in der Lehre vom Zwange, für die eigentlich es zur Klärung beitragen sollte, die Quelle von Irrtümern geworden ist.

Wie wohl nun das Gesetz selber durch Statuierung der Anfechtbarkeit der durch Drohung erzwungenen Erklärung das Fehlen des Wirkungswillens nahelegt, darf man doch nicht mit Manigk (Anwendungsgebiet S. 281) die Möglichkeit einer Geschäftsabsicht überhaupt von der Hand weisen. Wenn die Hausfrau den Bettler, den sie zuerst ohne Gabe fortgeschickt hat, auf ein drohendes Wort hin, das dieser im Abgehen äußert, zurückruft und ihm, geängstigt, ein reichliches Almosen verabreicht, so will sie ihn wirklich beschenken.

Wir kommen also zu dem Resultat: Der Geschäftswille kann bei der Drohung vorhanden sein, braucht es aber nicht. Demgemäß ist sowohl eine Übereinstimmnng wie Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung möglich. So neuestens auch Biermann (bürgerliches Recht Bd. 1 S. 251). In diesem Punkte zeigte sich die allgemeine Verneinung einer Divergenz bei der Drohung für verbesserungsbedürftig. —

Um kurz auf das namentlich von Planck bei Drohung und arglistiger Täuschung betonte Moment der Willensunfreiheit einzugehen, so muß man sich erinnern, daß jeder Wille, besser jede Willensbildung, mehr oder minder beeinflußt ist. Die Einflüsse können, sofern sie in der Tätigkeit Dritter ihren Grund haben, quantitativ und qualitativ so stark sein, daß von einer „freien" Willensbildung nicht mehr gut reden ist. Für das Recht kommt es nur auf die Qualität der Beeinflussung an, so zwar, daß die objektive Verwerflichkeit derselben dem zustandegebrachten Willen den Makel der Unfreiheit anheftet. Damit ist zugleich gesagt, daß in den Fällen der Selbsttäuschung (des gewöhnlichen Irrtums) für das Recht die Freiheit des Willens nicht angetastet erscheint,

da inkorrekte Einwirkungen auf den Willen ein zweites Individuum voraussetzen.

Die ganze Frage scheint mir bei ihrer rein philosophischen Natur bürgerlichrechtlich kaum von praktischer Bedeutung. Wenn auch Planck, Komm. Bd. 1 S. 210 u. 220, die Unfreiheit des Willens für das anormale, den Grund zur Anfechtbarkeit abgebende Moment hält, so wird man es als für die Anfechtbarkeit allein ausschlaggebend doch nicht ansehen dürfen. Man käme sonst, worauf Oertmann, Komm. Bd. 1 S. 385 hinweist, dazu, auch in den Fällen, wo die Zwangslage nicht durch den Drohenden herbeigeführt worden ist (der X rettet mich nur nach Abnötigung des Versprechens einer größeren Geldsumme vom Tode des Ertrinkens), ein Anfechtungsrecht anzuerkennen.

V. Es erübrigt sich noch, einer früher häufiger anzutreffenden, irrtümlichen Auffassung zu gedenken. Es handelt sich um den Fall des sogen. versteckten Dissenses beim Vertrage, wo die beiden Parteien sich völlig geeinigt zu haben glauben und den Vertrag als perfekt ansehen, während tatsächlich der Konsens, die beiderseitige Willensübereinstimmung fehlt. Die gesetzliche Grundlage für diesen Fall gibt der § 155 BGB.:

> „Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde".

Daraus folgt, daß der Vertrag nichtig ist, wenn diese Annahme nicht zutrifft. Was der Dissens über einzelne Punkte vermag, vermag natürlich erst recht der Dissens, der den Vertrag im ganzen betrifft. Hier kommt überhaupt kein Geschäft zustande. Das Gesetz hat den letzteren Fall als selbstverständlich nicht erwähnt.

Wann liegt nun ein versteckter Dissens beim Vertrag vor? Offenbar in zwei Fällen:

a) wenn die Willensinhalte der Parteien unerkanntermaßen nicht übereinstimmen, wiewohl bei jeder einzelnen Wille und Erklärung sich decken. (Mißverständnis; s. die Beispiele bei Staudinger, Komm. Bd. 1 S. 487.)

b) wenn die Willensinhalte der Parteien schon aus dem Grunde nicht übereinstimmen, weil auf Seite der einen Partei die Erklärung dem Willen nicht entspricht. Die Erklärung auf der einen Seite harmoniert mit jener auf der anderen (sonst würde ja der Mangel offenbar); der wahre Wille einer Partei divergiert

aber mit ihrer Erklärung. Da der wahre Wille nicht zum Ausdruck gekommen ist, kann von einem consensus, einer inneren Willensübereinstimmung keine Rede sein. — (Es handelt sich hier nur um den Willensmangel des Irrtums [§ 119]. Alle andern Willensmängel scheiden aus; die Kontrahenten sind ja in dem Glauben, und zwar in dem guten Glauben, der Vertrag sei perfekt.)

Die Fassung des § 155 schließt den Fall II nicht aus. Ja die Motive (Bd. 1 S. 202) finden es „angemessen, beide Fälle der gleichen Rechtsregel zu unterstellen". Und doch wird man im Interesse der ausgleichenden Gerechtigkeit diese Motive dem Willen des Gesetzgebers nicht zugrunde legen dürfen, vielmehr den Fall II von § 155 ausnehmen und die Nichtigkeit des Vertrags bloß im Falle des Mißverständnisses (I) annehmen müssen. Bei einseitigem Irrtum der Partei über den Inhalt ihrer Erklärung ist abzuwarten, ob sie den Willensmangel für so erheblich hält, daß sie zur Anfechtung schreitet. Bejahenden Falls legt ihr — und das ist das gravierende Moment — der § 122 dann die eventuelle Verpflichtung zum Schadensersatz auf, die bei Nichtigkeit nicht gegeben ist. Sollte sich freilich im Hinblick auf die Vorschrift des § 119 die Geltendmachung des Willensmangels als objektiv ungerechtfertigt erweisen, so ist die Anfechtung ausgeschlossen. Der Vertrag bleibt bestehen. — (Die Motive konnten insofern unbedenklich den unter b genannten Fall mit a unter den fraglichen Paragraphen unterbringen, als der Irrtum im Entwurf [I § 98] nicht wie jetzt Anfechtbarkeit, sondern Nichtigkeit zur Folge hatte, die heute bestehende Kollision zwischen § 119 und § 155 somit nicht vorhanden war [s. Oertmann, Komm. Bd. 1 S. 473].)

Man hat lange Zeit den versteckten Dissens den Irrtumsfällen beigezählt, oder ihn doch nicht eigentlich von jenen geschieden. Der Grund lag einmal darin, daß der Dissens im weiteren Sinne (b) allerdings durch einen Willensmangel verursacht sein kann. Dann aber in der Verkennung des beim Dissens im engeren Sinne (a) tatsächlich vorliegenden Irrtums. Jede Partei ist hier im Irrtum über die Absicht der andern; ein Irrtum im technischen Sinne ist das aber nicht, denn dieser betrifft die falsche Vorstellung von der Bedeutung der eigenen Erklärung.

So verdient also jedenfalls der versteckte Dissens beim Vertrage nicht den technischen Namen des Willensmangels. Von einem solchen kann immer nur mit Rücksicht auf eine Willenserklärung gesprochen werden. (Vgl. dazu außer den Kommentaren Biermann Bd. 1 1908 S. 248; Enneccerus Bd. 1 1908 S. 402.)

VI. Andere als in IV. enthaltene Gesichtspunkte, von denen aus das Wesen der Willensmängel einheitlich sich betrachten ließe, sind nicht zu finden. So bleibt nur eine rein äußerliche Scheidung nach dem Einfluß, den die Willensmängel auf den Bestand der rechtsgeschäftlichen Erklärung ausüben. An der Hand des Gesetzes teilen wir die Willensmängel a) in solche, welche die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge haben (§§ 117, 118, 116 S. 2) b) in solche, welche das Geschäft anfechtbar machen (§§ 119, 120, 123) und c) in solche, denen die Rechtsordnung eine Bedeutung überhaupt nicht beilegt (§ 116 S. 1).

Wiewohl also das Gesetz bei jedem der in Betracht kommenden Fälle einzeln die Wirkung der Erklärung normiert, ist jener große Streit, der sich in der Wissenschaft an die Frage der Divergenz von Wille und Erklärung geknüpft hat, ob nämlich dem Willen oder der Erklärung das Übergewicht zuzusprechen sei, immer noch nicht zur Ruhe gekommen. Die Willenstheorie wie die Erklärungstheorie werden mit dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vereinbar gefunden. Will man die Streitfrage, obwohl sie für das Bürgerliche Gesetzbuch gegenstandslos geworden ist, dennoch in dasselbe hineintragen, so kann man, meine ich, trotz der Verwahrung der II. Kommission,[1]) zu der einen oder andern Theorie positiv Stellung zu nehmen, die Prinzipien des Willensdogmas sehr wohl befolgt sehen. Es ist dies auch das Natürliche und dem Zweck des Privatrechtes eigentlich Entsprechende.

Man sagt, das Privatrecht sei dazu geschaffen, die Verhältnisse der Einzelnen zu regeln. Das ist nicht so zu verstehen, als gestalte es diese Verhältnisse aus eigener Machtvollkommenheit und zwinge sie dem Einzelnen auf, sondern es enthält die Normen, wie der Einzelne selber nach Wunsch und Willen seinen Bedürfnissen entsprechende, der Mitwelt gegenüber geschützte Zustände herbeiführen kann. Das Recht nimmt sich also des Willens des Einzelnen an, leiht ihm seinen starken Arm, schützt ihn und verhilft ihm zum Siege kraft seiner Autorität. *Aber es respektiert ihn auch.* Es nimmt ihn, wie er ist. Und es ist nur konsequent und durchaus kein Gegensatz, wenn es ihm, wo es ihn nicht respektieren kann und darf, seine Hilfe versagt.

Der § 116 BGB. ist hierfür ebensogut ein Beleg wie § 138. Hier das Geschäft gegen den Willen des Handelnden nichtig, dort die Erklärung trotz entgegenstehenden Willens gültig. Das Begehren der Parteien beidemal vom Recht gegenteilig beantwortet. Wenn also der Erklärende (§ 116) trotz des Vorbehaltes zu seiner Erklärung stehen muß, so ist das noch kein Beweis, daß damit

[1]) s. Prot. Bd. 1 S. 94.

für die Mentalreservation die Erklärungstheorie adoptiert sei. Die Anhänger des Willensdogmas brauchen den § 116 als Gegenargument nicht zu fürchten; denn er ist keines. Wenn hier das Recht, weil es sich für Unlauterkeiten nicht hergibt, den Willen (besser: Nicht-Willen) des Erklärenden ignoriert, so ist das eine eben dadurch gerechtfertigte Ausnahme, und Ausnahmen pflegen die Regel nicht umzustoßen, sondern zu bestätigen.[1])

Der § 116, die Hauptstütze der Erklärungstheorie, hat nichts für sie bewiesen. Die §§ 117, 118 dagegen zeigen eklatant die Herrschaft des Willensdogmas. Auch die §§ 119 (120) und 123 tasten den Grundsatz der Respektierung des Willens durch das Recht nicht an. Streng durchgeführt müßte das Willensdogma zwar beim Irrtum nicht bloß Anfechtbarkeit, sondern Nichtigkeit bewirken.[2]) Aus praktischen Gründen ist jedoch davon abgesehen worden. Niemand als der Irrende selber hat, soweit man wenigstens die Rechtsgeschäfte unter Lebenden im Auge hat, ein Interesse daran, seinen Willen in der gehörigen Weise verwirklicht zu sehen. Gibt er sich mit der entgegen seinem zunächst gefaßten Willensentschluß geschehenen Wendung der Dinge zufrieden, so beruht die Sache auf sich, das Geschäft ist gültig und bleibt es. Gibt er sich nicht zufrieden, so schreitet er zur Anfechtung und macht dadurch das Geschäft ungültig. Ein *Aufgeben* des Willensdogmas, wie es vielfach gemeint wird, erblicken wir aber in dieser Regelung nicht. Denn auch in jenem Sich-Zufriedengeben tritt ein Wille zu Tage, und es wird nicht zu gekünstelt erscheinen, für den Fall die Anfechtung unterbleibt, diesem *nachträglichen* Willen seine Geltung durch das Recht gewahrt zu sehen. — Ganz Ähnliches kann man von der Täuschung und Drohung sagen.

VII. Werfen wir noch einen Blick auf das *Anwendungsgebiet* der §§ 116 ff. Können diese wörtlich nur auf Willenserklärungen sich beziehenden Vorschriften auch für sonstige rechtlich bedeutsame Handlungen in Betracht kommen?

Als mit rechtlichen Wirkungen versehene Handlungen kennt die Terminologie des Gesetzbuches nur die Gattung der Rechtsgeschäfte und der unerlaubten Handlungen (s. *Oertmann*, Komm. I S. 295). Die Wissenschaft scheidet etwas reinlicher rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten und sieht das rechtmäßige in den Rechtsgeschäften nicht erschöpft. Vielmehr stellt sie den Rechtsgeschäften als Handlungen mit Rechtsfolgen, die eben deshalb eintreten, weil sie gewollt sind, die sogen. Rechtshandlungen i. e. S. gegenüber als Handlungen, bei denen das Willensmoment

[1]) s. auch *Staudinger* Bd. 1 S. 370.
[2]) So im 1. Entw.

für die Rechtsfolge gleichgültig ist, die also rechtliche Wirkungen zeitigen, ohne daß ein auf sie gerichteter Wille nötig wäre.

Für die Frage, wie sich das rechtsgeschäftliche Verhalten vollziehe, gab es bis in die letzte Zeit nur eine Antwort: in Willenserklärungen. Nun hat aber die schon in der gemeinrechtlichen Doktrin gelegentlich bemerkbare Strömung, dem Begriff der Willenserklärung ein neues, enger anliegendes Kleid zu geben, neuestens so sehr an Boden gewonnen, daß man, wenn auch noch nicht allgemein, so doch im einzelnen bestimmt und mit Zuversicht den Willenserklärungen die bloßen Willensäußerungen oder Willensbetätigungen an die Seite setzt.

Die an den Kopf dieses Abschnittes gestellte Frage spitzt sich also präziser in die beiden folgenden zu:

1. Sind die Vorschriften über Willensmängel anwendbar auf Rechtsgeschäfte, die nicht Willenserklärungen sind?

2. Sind die Vorschriften über Willensmängel anwendbar auf Rechtshandlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind?

Die Frage 1 ist von vornherein müßig für alle diejenigen, welche die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung identifizieren (so neuerdings wieder Kareski a. a. O. S. 15 ff.).

Aber auch für die überwiegende Mehrzahl derer, die nicht in jeder Willenserklärung ein Rechtsgeschäft sehen, ist sie befremdlich, weil ihnen die Willenserklärung doch durchaus notwendiger Bestandteil des Rechtsgeschäfts ist.

So hat sie also nur für jene Autoren, die den hergebrachten Begriff der Willenserklärung nicht mehr in seinem bisherigen Umfang anerkennen wollen und zwischen Willenserklärung und Willensäußerungen, -betätigungen oder -verwirklichungen (der Name wechselt) unterscheiden, eigentliche Berechtigung.

Unter den neueren Schriftstellern vielleicht am eingehendsten hat sich Manigk mit dem Problem der Willenserklärung befaßt. Seine Ausführungen namentlich sollen daher zu den obigen Fragen gehört werden. Zum besseren Verständnis sei zuvor ein Überblick über diese interessante, aber heikle Materie gegeben.

Da das Gesetz, einem auch sonst festgehaltenen Standpunkt getreu, eine Definition der Willenserklärung nicht gibt, bleibt die Begriffsbestimmung der Wissenschaft überlassen. Die juristische Willenserklärung (im Rahmen des Rechts kann es sich nur um diese handeln) ist die Erklärung eines rechtlich bedeutsamen Willens. Rechtlich bedeutsam ist der Wille, wenn er auf Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen gerichtet ist,

mit anderen Worten: wenn er rechtsgeschäftlichen Charakter hat. Das konnte nie zweifelhaft werden. Was aber hat man unter der „Erklärung" zu verstehen?

Bis in die sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts hat den Gelehrten der Begriff der Willens-„Erklärung" keinerlei Schwierigkeiten bereitet. Er schien ihnen so aus sich selbst verständlich und ohne weiteres hinnehmbar, daß sie es sich genügen ließen mit Savigny (System des heutigen römischen Rechts III §§ 130, 131) die Erklärung als die „Offenbarung" des Willens, das „Mittel der Erkenntnis des Willens", das „Kennzeichen des Willens" anzusehen.

Der Erste, oder doch einer der Ersten, welche die Meinung der Zeitgenossen in diesem Punkte nicht teilten, war Brinz. In seinen Pandekten (1. Aufl. 1860 § 353) wendet er sich nachdrücklich gegen die Lehre von Puchta[1]), Windscheid[2]), Arndts[3]) u. a., die in allen Rechtsgeschäften Willenserklärungen und bloße Willenserklärungen sehen. Zwar sei ohne den auf den rechtlichen Effekt der Handlung gerichteten Willen kein Rechtsgeschäft denkbar; aber ohne Willenserklärung sei es denkbar. — Man kann diese Stelle nicht anders deuten, als daß Brinz den Begriff der Erklärung anders, enger, gefaßt hat als seine Vorgänger. Da das Rechtsgeschäft einen entsprechenden Willen voraussetzt, ein im Innern verbleibender, nicht zu Tage tretender Wille aber für das Recht ohne Bedeutung ist, so muß das Rechtsgeschäft, wenn es anders als durch die Erklärung des Willens existent werden soll, eben durch etwas zustande kommen, was nicht Erkläruug ist, sagen wir: was nicht gerade Erklärung zu sein braucht.

Bis zu Bekkers System des Pandektenrechts (1889) scheint sich dann wieder die Wissenschaft bei dem alten Sprachgebrauch beruhigt zu haben. Bekker aber scheidet schon ganz genau. „Es widerstrebt dem allgemeinen Sprachgefühl", sagt er (Pandekten II S. 73) „Erklärung, Willenserklärung jede Äußerung oder Betätigung eines Wollens zu heißen, auch die, bei welcher der Äußernde nicht von der Absicht geleitet ist, sein Wollen Dritten kundzutun. Im Diebstahl liegt nach diesem gemeinen Sprachgefühl wohl eine Willensäußerung oder Willensbetätigung, aber keine Willenserklärung."

---

[1]) Pand. § 64: „Die Erklärung des Willens bildet den Körper ... des Rechtsgeschäfts".

[2]) Pand. § 70: „Damit von einem Rechtsgeschäfte überhaupt geredet werden könne, ist nötig, daß eine ... Privatwillenserklärung vorliege".

[3]) Pand. § 64: „Zum Dasein eines gültigen Rechtsgeschäfts ist erforderlich ... gehörige Erklärung des Willens der handelnden Personen".

Auch Hölder und Regelsberger, die auf Brinz und Bekker fußen, betonen, daß nicht jede rechtsgültige Willensäußerung eine Willenserklärung sei. Hölder (Pand. § 41) und nach ihm Regelsberger (Pand. § 129 I, 2) stellen die Willenserklärung in Gegensatz zur „realen Willensäußerung", die nichts sei, als „eine der Verwirklichung des gewollten Erfolgs dienende Handlung". Eine solche reale Willensäußerung liege z. B. im Ergreifen einer Sache behufs Aneignung. Willenserklärung dagegen sei nur diejenige Willensäußerung, die den bestimmten Willen als solchen bezeichne.

Diese Präzisierung des Begriffes „Erklärung", die übrigens unter der Herrschaft des gemeinen Rechts noch öfter versucht worden ist,[1]) konnte indes eine allgemeine Anerkennung nicht finden. Im großen und ganzen gebrauchte man auch fernerhin die Ausdrücke Willenserklärung und Willensäußerung unterschiedslos. Die Willenserklärung war nach der herrschenden Meinung nichts anderes als der „sinnlich wahrnehmbare Vorgang, aus dem der Wille zu erkennen ist" (Bekker, Pand. II S. 67).

Bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Frage wieder hervorgetreten. Trotz wohlgemeinter Vorschläge[2]) hat dieses leider nur wenig zur Klärung beigetragen, und man kann die Genugtuung Leonhards[3]) darüber, daß das Gesetz, indem es von „Erklärung" spricht, der „verbreiteten Verwilderung des Sprachgebrauches, die Erklärung und Äußerung identifiziere", für die Zukunft einen Riegel vorschiebe, schlecht begreifen. Jedenfalls steht dem die Tatsache, daß Cosack[4]) in seinem Lehrbuch beharr-

---

[1]) Affolter im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 8 S. 45, 46: „Die Erklärungen werden zu einem bestimmten Zwecke gegeben, sie sollen nämlich bei einer Person bestimmte Vorstellungen und Willensregungen wachrufen .... Handlungen, namentlich auch Zeichen, können Willenserklärungen sein; sie sind es, sobald der Wille dahin geht, damit jemanden eine Mitteilung zu machen .... Keine Erklärungen sind aber solche Handlungen, welche nicht Mittel zu dem Zwecke sind, um eine Mitteilung zu machen, so namentlich die Realakte an sich". —

Lenel in Iherings Jahrb. f. Dogmatik Bd. 36 S. 4, der die realen Willensäußerungen Hölders „Willensbetätigungen" genannt haben möchte, im Gegensatz zu den Willenserklärungen i. e. S. als denjenigen Handlungen, die den rechtsgeschäftlichen Willen dem einzelnen oder dem engeren oder weiteren Kreis von Menschen, denen gegenüber er wirksam werden soll, erkennbar machen wollen.

[2]) vgl. z. B. Rocholl (aus: Gutachtl. Äußerungen z. Entw. eines BGB. Bd. 6 S. 79, 80) Die Sprache in Wort und Schrift sei vorzugsweise dazu da, Willenserklärungen abzugeben, und eine eigentliche Erklärung könne eben nur durch die Sprache geschehen. Es sei geboten, unter „Willenserklärungen" nur Erklärungen des Willens durch Wort und Schrift, unter „Willensäußerungen" aber Handlungen und Zeichen (mit Ausschluß des Schweigens) zu verstehen, und diese auch nur dann einer Erklärung gleichzustellen, wenn aus der Äußerung zugleich die rechtsgeschäftliche Absicht in bezug auf eine bestimmte Person mit Zuverlässigkeit zu entnehmen sei. —

[3]) Der allgem. Teil des BGB., Berlin 1900, S. 256.

[4]) Lehrbuch des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 1903 S. 151 ff.

lich von „Willensäußerung" spricht und den Ausdruck „Willenserklärung" geflissentlich meidet, etwas kurios gegenüber.

So haben denn verschiedene Autoren, zum Teil in umfangreichen Monographien, jene Zweifelsfrage wieder aufgegriffen und sind zu neuen, im einzelnen allerdings stark von einander abweichenden Resultaten gekommen. Wir müssen uns im Rahmen dieser Arbeit auf das allernotwendigste aus der an Variierungen im großen wie an Nuancierungen im kleinen unendlich reichen Lehre beschränken.

Hellmann[1]) kommt nach einer vom Sprachgebrauch des Lebens ausgehenden Feststellung des Begriffes „erklären" zu dem Ergebnis: Willenserklärungen sind nur solche Willensäußerungen, bei denen „eine Person etwas als ihren Willen andern Personen zum Bewußtsein zu bringen strebt" (Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 432). Die Erklärung verlange einen Erklärungsadressaten. Wo ein solcher entbehrlich sei, liege keine Willenserklärung, sondern eine Willensverwirklichung vor (Vorträge S. 60). Diese an sich richtigen Ausführungen werden nur dadurch beeinträchtigt, daß Hellmann, sofern der Erklärungsadressat ein einzelnes Individuum darstellt, eine bestimmte Person fordert, während er wieder gut Äußerungen, die sich an einen unbestimmten Kreis von Empfängern oder an eine Behörde richten, zu den Willenserklärungen zählt (Iherings Jahrb. S. 433, Vorträge S. 60). Das führt ihn dazu, die seit Zitelmann eingebürgerte Unterscheidung der Willenserklärungen in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige als irrig zu verwerfen. Seine Willenserklärung ist allein die sogen. empfangsbedürftige.

Binder[2]) umgrenzt den Begriff Erklärung nicht so eng wie Hellmann. Er leugnet (im Gegensatz zu diesem) nicht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine besondere Kategorie der „nicht empfangsbedürftigen" Willenserklärungen, wenn sie auch nirgends ausdrücklich genannt sei, kenne. Front macht er aber[3]) mit Recht gegen die durch die Terminologie des Gesetzes, das nur Willenserklärungen kennt, in der Wissenschaft eingerissene Usance, unter die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen auch Akte unterzubringen, die keine Erklärungen seien, sondern unmittelbare Willensäußerungen. Das Charakteristische dieser letzteren sieht er darin, daß sie zu ihrer Wirksamkeit, ja zu ihrer Existenz, der Vermittlung eines andern Subjektes nicht bedürfen (S. 91). Wie

[1]) Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerl. R. (Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 413ff.) und: Vorträge über das BGB., allgem. Teil S. 59ff.

[2]) Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB. I. Teil S. 86ff.

[3]) Das ergibt sich aus der Gegenüberstellung der beiden Schemata auf S. 101 a. a. O.

sich Binder das Problem denkt, geht am klarsten aus dem Schema hervor, das er als Resultat seiner Ausführungen aufstellt (S. 101):

Willensäußerungen:
A. Unmittelbare Willensäußerungen
B. Willenserklärungen
a) empfangsbedürftige Willenserklärungen
b) nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Dieses Schema belebt sich aus dem kurz vorhergehenden Satz (S. 100): „Die Erklärungen, die nicht gegenüber einem andern abgegeben werden müssen, sind wenigstens teilweise nicht gegenüber keinem abzugeben, sondern nur nicht gegenüber einem durch ihren Inhalt von vornherein bestimmten ‚Beteiligten'" in der Weise, daß für die unmittelbaren Willensäußerungen irgend jemand, dem gegenüber sie abzugeben wären, völlig entbehrlich ist, für die empfangsbedürftigen Willenserklärungen ein von vornherein bestimmter Beteiligter, für die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ein, wenn auch nicht von vornherein bestimmter Beteiligter gefordert wird. — So einleuchtend an und für sich diese Sätze sind, sobald es sich um ihre Anwendung im einzelnen handelt, ergeben sich Bedenken und Zweifel. So rechnet Binder (hier nur noch mit Hellmann übereinstimmend) das eigenhändige Testament nicht zu den Willenserklärungen, sondern zu den Willensäußerungen. Freilich ist das Testament keine Erklärung, die einem andern gegenüber abgegeben werden müßte, aber es ist auch keine solche, die irgend einen „Beteiligten" entbehrlich macht. Denn auch für Binder muß ein Testament, das überhaupt nicht dazu dient, zu irgend jemandes Kenntnis zu gelangen, ein Unding sein.[1])

Leonhard[2]) sieht das Charakteristikum der Willenserklärung in der Wahrnehmungsbedürftigkeit. Unter Erklärungen könne man nur Äußerungen verstehen, die zur Wahrnehmung durch andere Menschen bestimmt sind. „Einsame Akte", wie Okkupation und Spezifikation, bedürften der Wahrnehmung nicht, seien keine Willenserklärungen, sondern nur Äußerungen des Willens. Unter die „einsamen Akte" rechnet aber Leonhard das Testament nicht, indem er richtig sagt, daß auch die an unbestimmte Personen gerichtete Erklärung schließlich einmal in Empfang genommen und beachtet werden soll (a. a. O. S. 269).

[1]) Schuld an Binders Auffassung des Testamentes als einer Willensäußerung ist, wie das auch Manigk gegenüber Hellmann bemerkt (WillensErkl. u. WillensGesch. S. 98), die Verquickung zweier verschiedener Ausgangspunkte der Betrachtung. Binder a. a. O. S. 93: „Handelt es sich um Rechtsakte, die sich in der eigenen Rechtssphäre des Handelnden erschöpfen, so ist die Willenserklärung ausgeschlossen und muß die unmittelbare Willensäußerung gewählt werden".

[2]) Der allgem. Teil des BGB. S. 256.

Nach Wendt[1]) liegt das Wesen der Willenserklärung in der Willensmitteilung, welche in den meisten Fällen an eine bestimmte einzelne Person zu erfolgen habe. „Handlungen, welche bezwecken und geeignet sind, anderen eine Mitteilung zu machen" (auch Zeichen und Geberden) sind Willenserklärungen in seinem Sinn. „Weiter reicht aber der Begriff der Erklärung nicht" (S. 239). Insbesondere hält Wendt das konkludente Verhalten, wie jetzt auch Biermann,[2]) nicht für eine Willenserklärung. Dadurch eliminiert er die bisher sogen. stillschweigenden Willenserklärungen aus der Kategorie der Erklärungen.[3])

Die ganze Lehre hat, wie schon bemerkt, am überzeugendsten ihren Niederschlag in Manigks tiefgehenden Schriften gefunden.[4]) Nach seiner Ansicht wurzelt das Wesen der Erklärung im Kundgebungszweck (Willenserkl. u. Willensgesch. S. 188 ff.). Wo nur immer die Absicht vorhanden ist, mit einer Äußerung einen rechtlich erheblichen Geschäftswillen kundzutun, liegt eine Willenserklärung in der geschehenen Willensäußerung. Innerhalb dieses Rahmens der Erklärung hält Manigk die stillschweigende Willenserklärung vollkommen aufrecht. Nur müsse streng gesichtet werden nnd es dürften nicht wie heute noch vielfach Akte darunter fallen, die keine „Erklärungen" sind. Der Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Erklärung kann nach Manigk (a. a. O. S. 299) nur in der Art und Weise der Erklärung, im Erklärungsmittel gesucht werden. So auch Oertmann, Komm. Bd. 1 S. 312: „Hier sind nur die Erklärungsmittel besondere, anormale; der Wille muß aber ebensosehr, ja mindestens ebensosehr auf ihren Erklärungswert gerichtet sein, wie bei der Setzung normaler Zeichen".[5])

---

[1]) Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerl. R. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 238 ff.

[2]) Bürgerl. R. Bd. 1 S. 131 ff.

[3]) vgl. übrigens Komm.-Prot. Bd. 6 S. 126, wo die Zweifel hierüber schon zu finden sind.

[4]) Neben dem neueren „Willenserklärung und Willensgeschäft" 1907 s. auch „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte" 1901.

[5]) Wann in einer Handlung eine stillschweigende Willenserklärung zu erblicken ist, wird im einzelnen oft auf Schwierigkeiten stoßen. Jedenfalls wird man verlangen müssen, daß die Handlung objektiv geeignet ist, den rechtsgeschäftlichen Willen kund zu tun und subjektiv zu seiner Kundmachung auch dienen soll. Der Erklärungswille, d. h. der Wille, eine (vorhandene oder nicht vorhandene) Geschäftsabsicht der Außenwelt als vorhanden klarzustellen, oder doch das Bewußtsein, daß die Außenwelt aus dem Verhalten das Vorhandensein der Geschäftsabsicht entnehmen werde, ist auch hier (wie bei jeder Erklärung) zu fordern. — Manche Schriftsteller, obwohl nicht zur neuen Richtung gehörig, sprechen vom Erklärungswillen: Dernburg, Die allgem. Lehren des bürgerl. R. S. 328, Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 273 Anm. 12. Sie meinen damit aber nur den Handlungswillen, betonen also etwas ganz Selbstverständliches. Im Erklärungswillen steckt implicite der Handlungswille, d. h. der Wille, überhaupt eine Handlung zu begehen. Der

Statt der Einteilung der Willenserklärungen in empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige schlägt Manigk vor, sie klarer zu scheiden in bestimmt adressierte (gegenüber einer bestimmten Privatperson oder einer Behörde vorzunehmende) und unbestimmt adressierte (an unbestimmte Einzelpersonen oder an eine Mehrheit bezw. ganze Gruppe von Beteiligten gerichtete Willenserklärung) (a. a. O. S. 342). Das Testament, die Auslobung, die Stiftung sind Willenserklärungen in seinem Sinn. Die Willenserklärung Manigks ist in einem weiteren Sinne empfangsbedürftig.

Gegenüber diesen Willenserklärungen hat Manigk für das auf Willensäußerungen, -betätigungen usw. beruhende rechtswirksame Verhalten den Namen Willensgeschäfte geprägt. Während es bei den einzelnen Schriftstellern (z. B. Leonhard a. a. O. S. 253 ff.) mehr oder weniger zweifelhaft ist, ob die von den Erklärungen geschiedenen Willensäußerungen, -betätigungen oder -verwirklichungen in Wahrheit noch Rechtsgeschäfte sind, stellt Manigk den Willenserklärungen die Willensgeschäfte als die zweite Art des Rechtsgeschäftes zur Seite.[1]) (Vgl. schon Brinz, Pand. 1. Aufl. § 353 u. Hellmann in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 448.)

Wie hat man sich nun angesichts des durch das Gesetz unmittelbar an die Hand Gegebenen zu all diesen Lehren zu stellen? Unseres Erachtens sollte sich die Wissenschaft den Ausführungen der in Betracht kommenden Autoren, so sehr sie im einzelnen differenzieren, in ihrem Kernpunkte nicht verschließen. In dieser Nachdrücklichkeit geäußert, hätten die Wünsche bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches seinerzeit nicht wohl überhört werden dürfen, und manches wäre besser geworden im „Allgem. Teil" unseres Gesetzes. Aber auch so ist kein Grund, beim Unfertigen zu verharren. Denn die Fessel der Normen des Gesetzes ist nicht von der Art, daß sie nicht dehnbar genug wäre, neu geforderte und gewonnene Begriffe mit zu umspannen.[2])

---

ist aber nicht nur der Erklärung, sondern jeder Art von „Handlung" eigentümlich, wenn anders diese als bewußte und gewollte Bewegung des menschlichen Körpers zu betrachten ist. Der Handlungswille ist natürliche Voraussetzung des Erklärungswillens, ein notwendiges Element desselben.

[1]) Da auch die „Erklärungsgeschäfte" insofern „Willensgeschäfte" sind, als zum Begriff des Rechtsgeschäfts das Willensmoment notwendig gegeben sein muß, können mit dem Ausdruck, was die Gegenüberstellung übrigens schon sagt, bloß die Nur-Willensgeschäfte getroffen sein.

[2]) Wie sehr auch sonst die Lehre von der Willenserklärung, wie sie dem Gesetz zugrunde liegt, ein sorgsames Nachprüfen vertrüge, das möchte der Verfasser selbst mit zwei kurzen Worten beispielshalber illustrieren.

Im § 105 Abs. 2 erklärt das Gesetz eine im Zustand der Bewußtlosigkeit abgegebene „Willenserklärung" für nichtig. Der Fall ist kraß. Der Bewußtlose

Gehen wir nach dieser etwas weiten, aber durch die Interessantheit der Materie wohl entschuldbaren Ausholung zur Beantwortung der oben (S. 15) gestellten Fragen zurück.

Zunächst: Können die Vorschriften über die Willensmängel auf die Willensgeschäfte im Sinne Manigks Anwendung finden? Beim Willensgeschäft berührt die Wirkung der Handlung nur den eigenen Rechtskreis des Handelnden (Hauptbeispiel: Okkupation, Dereliktion). Jede Beziehung zu einem Dritten entfällt. Die Natur der Geschäfte macht eine Kundgebung an irgendeine andere Person entbehrlich.[1]) Es ist somit einzig und allein der innere Wille, der Geschäftswille, auf den es bei den Willensgeschäften ankommt. Daß dieser stets ernstlich ist, liegt auf der Hand. Seinem inneren Willen gegenüber einen geheimen Vorbehalt zu machen, ein Schein- oder Scherzgeschäft mit sich selbst vorzunehmen, ist vernünftigerweise nicht möglich. Desgleichen würde ein Irrtum, eine Drohung oder Täuschung als den wahren Willen beeinträch-

---

reagiert wohl möglicherweise auf Beeinflussungen von außen (man denke an den Zustand der Hypnose) und die Eingebungen seines krankhaft erregten Innern; aber einen Willen, d. h. das Bewußtsein freier Selbstbestimmung hat er nicht. Hier hätte das Gesetz unter keinen Umständen von der Existenz einer Willenserklärung sprechen sollen, ist doch nicht einmal die Möglichkeit des Erklärungswillens (weil kein Handlungswille vorliegt) gegeben, von einem auf die rechtlichen Folgen der Erklärung gerichteten Willen gar nicht zu reden.

Aber auch in den uns hier namentlich interessierenden Fällen der §§ 116—118 hätte das Gesetz besser getan, den Ausdruck „Willenserklärung" zu meiden und ihn nur dort, wo ein wirklich vorhandener Wille erklärt ist, also im Regelfalle, zu gebrauchen. Der Sprachgebrauch des Gesetzbuches kennt ein nichtiges Rechtsgeschäft, eine nichtige Willenserklärung, nimmt ein Rechsgeschäft an, auch wo die Rechtsordnung den beabsichtigten Rechtserfolg nicht gewährleistet, eine Willenserklärung, wo das positive Recht dem Erklärten jede Wirkung versagt.

Es ist oft betont worden: Zu Schein und Scherzen, sauberen oder unsauberen, ist das Recht nicht gemacht. So hätte es doch auch solcher Intention entsprungenen Erklärungen den ehrlichen Namen der Willenserklärung verweigern sollen. Zum mindesten war es unzweckmäßig, die Nichtigkeit erst als eine Folge zu konstatieren, anstatt von vornherein eine Willenserklärung nicht anzuerkennen. So wäre doch für den Begriff der Willenserklärung die Geschäftsabsicht als Tatbestandsmerkmal gewahrt gewesen, nicht zum Schaden für die Klarheit einer Materie, in der sonst so gut wie alles streitig ist.

Man vgl. hierzu die Entsch. d. RG. in Zivils. v. 1. 5. 1908 Bd. 68 S. 324, wo es heißt: „Die auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht des Erklärenden darf im Tatbestand eines Rechtsgeschäfts niemals fehlen. Fehlt sie, so liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vor, weder ein wirksames, noch ein unwirksames". Wenn nun auch nicht jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft ist, so erschöpft sich doch oft dieses so vollständig in jener, daß die beiden Begriffe sich decken. Man wende auf diese Fälle die zitierten Worte an und man wird dem oben Gesagten um so eher beipflichten können. —

[1]) Möglich bleibt sie freilich stets. Sobald das Willensgeschäft dem Kundgebungszweck des Handelnden dienstbar wird, wird es zum Erklärungsgeschäft (Manigk a. a. O. S. 409).

tigende Momente das Willensgeschäft überhaupt nicht zur Entstehung gelangen lassen. Oder wenn man dies annimmt, würde doch nach Aufdeckung des Sachverhalts die Perfektion des Geschäftes ohne weiteres wieder rückgängig gemacht werden können. Die §§ 116 ff. sind auf die Willensgeschäfte nicht anwendbar. „Sie verdanken alle dem der vorliegenden Erklärung gegenüber in gewissen Grenzen schutzwürdigen Interesse des Gegners ihren Inhalt, während da, wo gar keine Erklärung vorliegt, für sie kein Raum ist." (Oertmann, Komm. Bd. 1 S. 313.)[1])

Bezüglich der zweiten Frage können wir uns nicht so kurz fassen. In den Motiven (Bd. 1 S. 127) ist der Begriff der Rechtshandlung gegenüber dem Rechtsgeschäft in der schon obengenannten Weise abgegrenzt worden. Dabei ist gesagt, daß von der Aufstellung allgemeiner Vorschriften über Rechtshandlungen Abstand genommen ist. „Insbesondere", heißt es, „ist von einer Übertragung der für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften abgesehen, in so weitem Umfange sie auch passen mögen".

Der Wissenschaft fällt es also auch hier wieder anheim, das Gesetz zu ergänzen. In der Prüfung der Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte auf die Rechtshandlungen, speziell auch was die Willensmängel anlangt, ist ein endgültiges Resultat bis jetzt noch nicht zu verzeichnen, da es doch nur einzelne Schriftsteller sind, die sich mit der Sache befaßten. Um der Frage überhaupt näher zu treten, war eine Einteilung der Rechtshandlungen nach weniger allgemeinen Gesichtspunkten geboten. Denn so gewiß man für die erlaubten juristisch bedeutsamen Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, einen gemeinsamen, zusammenfassenden Namen nicht entbehren kann, so farblos und nichtssagend erscheint die Bezeichnung „Rechtshandlungen" im übrigen, weil sie den unter sie fallenden menschlichen Aktionen kein anderes Erkennungszeichen zu bieten vermag, als daß sich eben Rechtsfolgen an sie knüpfen können. Ein dürftiges Signalement, und nicht geeignet die Physiognomie der der Gruppe angehörenden menschlichen Handlungen auch nur annähernd erkennen zu lassen. So war es für jeden, der zu einigermaßen sicheren Ergebnissen in einer die Rechtshandlungen betreffenden Frage kommen wollte, eine Notwendigkeit, diese in brauchbarer Weise einzuteilen und zu sehen, ob nicht wenigstens für die ihrer juristischen Natur nach verwandten unter ihnen eine einheitliche Normenanwendung sich ermöglichte. Wir halten uns im folgenden an die zwei neuesten Darstellungen über diesen Gegenstand, wie sie in Manigks „Willenserklärung und Willensgeschäft" und Biermanns „Bürgerlichem Recht" (Bd. 1) sich finden.

[1]) Manigk a. a. O. S. 554 ff.

Manigk[1]) unterscheidet drei Arten von Rechtshandlungen: 1. Rein äußere Handlungen; 2. Mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen; 3. Mitteilungen. Biermann, vielfach auf die Untersuchungen Eltzbachers[2]) zurückgehend, sondert Tathandlungen, Willensäußerungen ohne Rechtsgeschäftscharakter, Vorstellungsäußerungen und Gefühlsäußerungen.[3])

Die rein äußeren Handlungen Manigks sind mit Biermanns Tathandlungen identisch. Es sind Handlungen, die „lediglich mit Rücksicht auf den äußeren, von ihnen geschaffenen Erfolg mit Rechtswirksamkeit bekleidet werden",[4]) wie z. B. die Verarbeitung (§ 950 BGB.), der Fund (§§ 965 ff. BGB.). Von einer Übertragbarkeit der Vorschriften über Willensmängel auf solche Akte kann keine Rede sein. Denn hier kommt nichts auf innere Vorgänge und alles auf die äußere Tat an.[5])

Von Biermann auch unter die Tathandlungen gerechnet, jedoch von den genannten geschieden, wird die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes. Manigk nennt diese Akte richtiger unter den Rechtshandlungen mit erheblichen inneren Tatsachen. Rein äußere Rechtshandlungen liegen hier nicht vor, weil neben der Tatsache der Niederlassung bezw. deren Aufhebung ein auf die Ständigkeit der Niederlassung bezw. auf die Aufhebung derselben gerichteter Wille gefordert wird (§ 7 BGB.).[6]) Da bei diesen Rechtshandlungen der Wille rechtlich von Bedeutung ist, kann die Frage nach dem Einfluß von Willensmängeln hier schon eher gestellt werden. Aber es ist nicht zu übersehen, daß der Wille hier ein Stück des Tatbestandes ausmacht,[7]) so daß bei seinem Fehlen die Rechtshandlung überhaupt nicht existent wird. Bezüglich der ersten Gruppe der Willensmängel, wie wir sie oben geschieden haben, erübrigt sich also die Frage nach entsprechender Anwendung ohne weiteres. Bei einer auf Irrtum, Drohung oder Täuschung basierenden Wohnsitzbegründung (sofern eine solche denkbar ist) ist m. E. die Heranziehung der §§ 119, 123 unnötig und ohne Vorteil. Eine „Anfechtung" wäre hier schon deswegen entbehrlich, weil das Subjekt der Rechtshandlung jederzeit durch Aufhebung der Niederlassung nach § 7 Abs. 3 BGB. die erwünschte Änderung herbeiführen könnte. Denkbar wäre freilich, daß nach seinem Tode ein anderer ein Interesse daran hätte zu erweisen,

---

[1]) a. a. O. S. 652.
[2]) Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit Bd. 1 Berlin 1903.
[3]) a. a. O. S. 115 ff., 256 ff.
[4]) Manigk a. a. O. S. 663.
[5]) Biermann a. a. O. § 71, 4; Manigk a. a. O. S. 678.
[6]) Ebenda § 124 bezw. S. 679.
[7]) So schon Leonhard, Allgem. Teil S. 469.

daß der Wohnsitz des Verstorbenen nicht nach seinem freien und wahren Willen begründet worden sei. Aber hier könnte eine Übernahme der für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften nichts nützen, weil bei Geschäften inter vivos das Anfechtungsrecht einem Dritten, es sei denn dem Stellvertreter, nicht zusteht. — Auch nach Manigk (S. 695) sind Zwang und Täuschung belanglos.

Als eine zweite Gruppe der mit besonderen inneren Tatsachen verknüpften Handlungen sondert Manigk: Rechtshandlungen, die sich lediglich als Perfektion einer inneren Tatsache darstellen, Fälle, in denen das Gesetz im Gegensatz zu den eben genannten „die Wirkung nicht an einen äußeren von ihm statuierten Handlungseffekt anknüpft" (S. 697). Darunter begreift er namentlich die Fälle der Verzeihung (BGB. §§ 532, 1570, 2337, 2343). Die Meinungen über die Anwendbarkeit der Normen der Willenserklärung auf dieses Rechtsinstitut gehen auseinander. Je nach dem Maße man der rein seelischen Seite der Verzeihung gegenüber deren äußere Betätigung berücksichtigt, wird man im allgemeinen eine den Willenserklärungen entsprechende Behandlung derselben bejahen oder verneinen. Manigk, der — wie schon seine Einteilung zeigt — alles Gewicht auf den inneren Vorgang legt,[1]) ist gegen jede gleichartige Behandlung und will auch bezüglich des § 116 keine Ausnahme machen.[2]) Umgekehrt trägt Biermann, der mit Eltzbacher[3]) die Verzeihung als Gefühlsäußerung betrachtet, kein Bedenken, die Vorschriften über Willensmängel „wenigstens analog" anzuwenden.[4]) Eine dritte Ansicht vertritt Endemann.[5]) Während er einen geheimen Vorbehalt auch bei der Verzeihung (er spricht hier freilich von der Verzeihungserklärung) für rechtlich bedeutungslos hält, den § 116 mithin angewendet wissen will, sagt er von Irrtum, Täuschung und Drohung, daß sie die auf solchem Willensfehler beruhende Verzeihung schlechthin vernichten. Eine Anwendung der Grundsätze über die Anfechtung wegen der genannten Willensmängel lehnt er als überflüssig ab.[6])

Auch wir sind der Ansicht, daß Irrtum, Täuschung oder Drohung die Verzeihung überhaupt nicht wirksam werden lassen und es einer Anfechtung deshalb nicht erst bedarf. An der Unerheblichkeit der Mentalreservation wird indes auch hier festzu-

---

[1]) Trotz seines Satzes auf S. 633: „Nichts Inneres, nichts Äußeres, sondern beides kumulativ".

[2]) a. a. O. S. 631.

[3]) a. a. O. S. 197 ff.

[4]) a. a. O. S. 258.

[5]) Lehrb. Bd. 2, 2 S. 242 f.

[6]) So auch Staudinger Bd. 4 S. 644 sub f.

halten sein, soweit nicht die Verzeihung dem andern Teile gegenüber an den Tag gelegt worden ist, und jener den Vorbehalt kennt (§ 116 Satz 2).[1])

Die dritte große Gruppe, die Manigk bei den Rechtshandlungen unterscheidet, sind die Mitteilungen. Sie sind entweder Vorstellungsmitteilungen oder Willensmitteilungen. Biermann-Eltzbacher nennen die ersteren Vorstellungsäußerungen. Darunter fallen vor allem die verschiedenen Anzeigen, von denen das Gesetz spricht, so die Mängelanzeige einer gekauften oder gemieteten Sache (§§ 478, 485, 545), die Anzeige eines gemachten Fundes (§ 965) usw., Benachrichtigungen, Mitteilungen, Auskunftserteilungen u. a. Eine Heranziehung der Vorschriften über Willensmängel wird man mit Manigk und Biermann abzuweisen haben, auch in den Fällen, wo die Richtigkeit der Mitteilung für ihre Wirkung unerheblich ist (vgl. §§ 409, 576).[2]) — Was schließlich die Willensmitteilungen anlangt, als welche namentlich die Aufforderungen zu einem Tun oder Unterlassen (z. B. §§ 108 Abs. 2, 264 Abs. 2) und auch die Mahnung (§ 284), die richtiger Ansicht nach keine Willenserklärung ist, anzusprechen sind — Biermann hat für diese Handlungen den Ausdruck: Willensäußerungen ohne Rechtsgeschäftscharakter —, so wären wohl die Vorschriften über die Willensmängel analog anwendbar (so Biermann S. 256, 1), allein es ist zu ihrer Heranziehung kaum Veranlassung, weil der Rechtsbestand oder -Nichtbestand der Mitteilung sich schon aus näher liegenden Gründen ergibt (vgl. hierzu Manigk S. 739 ff.).

---

[1]) Nicht nach § 116 Satz 2 zu beurteilen wäre folgender Fall (vgl. hierzu auch RGE. v. 1. 5. 1905, JurW. 371 Nr. 12): Der Ehemann bringt seine Frau, gegen welche ein Ehescheidungsgrund vorliegt, zur Bahn und gibt ihr dort mit Rücksicht auf mitanwesende Bekannte, denen er das eheliche Zerwürfnis vorläufig nicht offenbaren will, einen Abschiedskuß. Die Frau weiß nach allem Vorhergegangenen sehr wohl, daß das nur ein Komödienspiel vor den Leuten ist. Sie kann diesen Abschied nicht als „Verzeihung" der Scheidungsklage des Mannes entgegenhalten. Aber das m. E. nicht wegen der Vorschrift des § 116 Satz 2, sondern weil das Verhalten des Mannes zwar für die Bekannten, nicht aber für die Ehefrau Erklärungswert hatte und haben sollte. Der handelnde Teil rechnet hier gar nicht damit, im Partner einen Glauben zu erwecken. Es liegt weder eine Verzeihung, noch auch der Schein einer solchen vor. Denn da die Dritten von dem Ehescheidungsgrund, wie wir annehmen, keine Kenntnis hatten, konnten sie die Handlung als Verzeihung überhaupt nicht deuten, sondern sahen in ihr lediglich die bei solchem Anlaß übliche eheliche Aufmerksamkeitserweisung. Und die Ehegatten selber hatten ja für ihre Person keinen Grund, sich etwas vorzutäuschen.

[2]) So Manigk S. 713; anders Biermann S. 257 sub c.

§ 2.

Haben bisher Fragen allgemeiner Natur uns beschäftigt, so richten wir jetzt das Augenmerk auf die Sonderregelung, welche die Willensmängel an den verschiedenen Stellen des Gesetzes gefunden haben. Zunächst bei der Stellvertretung.

I.

Bei der Stellvertretung als einem dreiseitigen Verhältnis zwischen Vertreter, Vertretenem und Gegenkontrahenten stehen drei Willenserklärungen zur Frage; es können sonach auf drei Seiten Willensmängel vorkommen. Setzen wir dem internen Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen das äußere Verhältnis der Parteien gegenüber, so taucht damit die interessante Frage auf, wieweit für die die Wirksamkeit des Geschäfts möglicherweise beeinträchtigenden Momente die als Partei zur Einheit umschlossene Person des Vertretenen und des Vertreters heranzuziehen sei. Die Frage muß je nach der Auffassung des Wesens der Stellvertretung verschieden gelöst werden. Der für unser geltendes Recht in Betracht kommende § 166 BGB. ist ein Niederschlag der sogen. Repräsentationstheorie, die im Vertreter allein den juristisch Handelnden sieht. Dementsprechend bestimmt er, daß, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt.

Damit wären also die Seelenzustände des Vertretenen für das in Vertretung vorgenommene Rechtsgeschäft völlig gleichgültig? Jedenfalls vermögen sie einen unmittelbaren Einfluß auf dieses nicht auszuüben. Möglich ist aber, daß die bei dem (vom Hauptgeschäft wohl zu scheidenden) Bevollmächtigungsgeschäft untergelaufenen Willensmängel des Vertretenen insofern mittelbar die Wirksamkeit der vom Bevollmächtigten abgegebenen Erklärung für den Vollmachtgeber in Frage stellen können, als mit der Anfechtung die Vollmacht, und mit dieser das auf sie sich stützende Hauptgeschäft hinfällig wird (s. die Kommentare).

Die den Vertreter dann aus § 179 treffende Haftpflicht gegenüber dem Vertragsgegner kann er durch den Schadensersatzanspruch, den er seinerseits aus § 122 gegen den Vertretenen hat, unter Umständen wieder ausgleichen.

Gehen wir nun auf die für das Hauptgeschäft in der Person des Vertreters zu suchenden Willensmängel ein, so muß zunächst

darauf hingewiesen werden, daß die Forderungen, die wir oben[1]) allgemein an das Subjekt von Willensmängeln stellten, hier eine kleine Modifikation erfahren. Zwar ist die Geschäftsfähigkeit des Handelnden auch hier notwendig vorausgesetzt, da der Vertreter bei sich den rechtsgeschäftlichen Willen bildet und bei ihm die Willensentscheidung sich vollzieht, einen Willen im Rechtssinn aber geschäftsunfähige Personen nicht haben können — daher ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter oder ein Kind unter sieben Jahren niemals mein „Vertreter" sein kann. Aber es hat keine Bedeutung, ob die Geschäftsfähigkeit des Vertreters eine vollkommene oder nur beschränkte ist.[2]) Die Rechtssätze über das Handeln noch nicht volljähriger Personen[3]) dienen dem Schutze des Minderjährigen und seines Vermögens. Dieses Schutzes bedarf er nicht, wenn er nicht als eigener Herr, sondern als Vertreter eines andern handelt, da ihn hier die Wirkungen aus seiner Handlung nicht selber treffen, er nicht sich, sondern den Vertretenen verpflichtet.

Im Einzelnen bieten die Willensmängel der §§ 116—118 beim Vertreter nichts besonderes. Nur daß eben für das äußere Parteienverhältnis sein Wille allein, und nicht etwa der des Vertretenen oder auch der des Vertretenen maßgebend ist. Es ist allein die Frage, ob er einen geheimen Vorbehalt gemacht hat, ob er die Erklärung nur zum Schein abgegeben oder nicht ernstlich gemeint hat.

Dagegen verdient der § 119 nähere Beachtung. Der Vertreter war bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum oder wollte eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben. Es ist zur Anfechtung erforderlich und ausreichend der Irrtum des Vertreters. Da die Anfechtung an das Moment der Erheblichkeit des Irrtums geknüpft ist, kommt natürlich auch hierfür lediglich die Person des Vertreters in Betracht. Die Anfechtung ist also nur möglich, wenn anzunehmen ist, daß der Vertreter bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Die Worte „bei verständiger Würdigung des Falles" haben nun Anlaß zu Angriffen gegen die Repräsentationstheorie gegeben. Man machte ihr den Vorwurf, daß sie hier zu unbilligen Ergebnissen führe[4]) und glaubte ihren Boden verlassen zu müssen, um zu der allerdings allein richtigen Entscheidung zu kommen, daß die verständige Würdigung beim Vertreter im Hinblick auf den

---

[1]) S. 3 f. dieser Arbeit.
[2]) § 165 BGB.
[3]) § 107 ff. BGB.
[4]) So Trebing, Die Behandlung von Willensmängeln bei direkter Stellvertretung, Jenaer Diss. 1904 S. 54 und Pinczower, Der Irrtum des Stellvertreters bei Rechtsgeschäften, Erlanger Diss. 1907, S. 42.

Vertretenen geschehen müsse. Diesen Vorwurf durfte man sich m. E. ruhig ersparen. Zu streng formalistisch genommen ist jede Theorie ein totes, starres Ding, in dem die aus Leben geborenen und vom Leben getragenen Forderungen des menschlichen Verkehrs restlos untergehen müssen. Nicht daß wir mit unerbittlicher Konsequenz das letzte Fazit ziehen, sondern daß wir die Postulate einer Theorie auch gewissermaßen vergeistigt erfüllt sehen, das, meine ich, heißt ihr eigentlich gerecht werden. So gewiß es also verfehlt wäre, wenn der Richter jeweils prüfen wollte, wie der Vertreter bei verständiger Würdigung seiner eigenen Interessen ohne Irrtum gehandelt hätte, so wenig steht das mit der dem § 166 zugrunde gelegten Repräsentationstheorie in Widerstreit.

Der § 123 ist wieder einfach gelagert: Ist der Vertreter zur Abgabe der Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden, so ist die Erklärung anfechtbar. (Ist der Geschäftsherr der Arglist des andern zum Opfer gefallen, so kann er das durch seinen Vertreter mit jenem abgeschlossene Geschäft nicht anfechten. Ebenso bei Drohung gegenüber dem Vertretenen.) War die Täuschung des Vertreters nicht vom Gegenkontrahenten, sondern von einem Dritten ausgegangen und der Vertreter hatte daraufhin dem Gegenkontrahenten gegenüber eine Erklärung abgegeben, so besteht Anfechtungsrecht nur, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte (§ 123 Abs. 2 Satz 1). Ohne Einfluß auf das Anfechtungsrecht ist dagegen Kenntnis oder Unkenntnis des vertreterischen Willensmangels seitens des Vertretenen.

Wem steht nun in allen diesen Fällen das Anfechtungsrecht zu? Dem Vertretenen, dem Vertreter, oder beiden? Wir glauben mit Hölder,[1]) daß die Vollmacht zur Vollziehung des Rechtsgeschäfts regelmäßig die Vollmacht zu seiner Anfechtung in sich schließt. Das Anfechtungsrecht wird also nur dann der Vertretene allein ausüben können, wenn er es ausdrücklich dem Vertreter entzogen hat.[2]) Sonst jeder von beiden.

Die Anfechtung ist an eine Frist gebunden. Sie muß im Falle des Irrtums unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat (§ 121 Satz 1), im Falle der Drohung und arglistigen Täuschung binnen Jahresfrist seit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufgehört bezw. in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt hat (§ 124 Abs. 1, 2

[1]) Komm. Anm. 4 zu § 166.
[2]) vgl. auch Oertmann, Komm. S. 518.

Satz 1) und ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn seit Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verstrichen sind (§§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3).

Daß auch die Anfechtungsfrist nur aus der Person des Vertreters zu beurteilen sei, wird man mit Hölder[1]) annehmen müssen. Danach ist beim Irrtum die Unverzüglichkeit gewahrt, wenn entweder der Vertreter unverzüglich anficht, oder falls er dazu nicht Vollmacht hat, dem Vertretenen unverzüglich Mitteilung macht und dieser dann ohne schuldhaftes Zögern zur Anfechtung schreitet. Bei der Drohung und arglistigen Täuschung verliert der Vertretene mit unbenütztem Ablauf des aus der Person des Vertreters zu bemessenden einjährigen Zeitraums das Anfechtungsrecht auch für seine Person. Für unrichtig halte ich es, wenn Trebing[2]) ganz allgemein meint, der Verlust des Anfechtungsrechtes eines der beiden schließe die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes des anderen aus. Nur soviel ist richtig und aus der Repräsentationstheorie zu entnehmen, daß, wenn einmal die Frist zur Anfechtung für den Vertreter abgelaufen ist, dieser sein Verlust des Anfechtungsrechtes immer auch den Verlust des Anfechtungsrechtes des Vertretenen zur Folge hat, selbst wenn dieser später als der Vertreter vom Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Hat umgekehrt der Vertretene früher als der Vertreter den Anfechtungsgrund erfahren, so kommt die längere Anfechtungsfrist des Vertreters regelmäßig dem Vertretenen auch zur eigenen Anfechtung zugute, es sei denn, daß er dem Vertreter das Anfechtungsrecht entzogen hatte.

Die „Vertretung" des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die sogen. unmittelbare oder direkte Stellvertretung. Sie ist damit charakterisiert, daß jemand im Namen eines andern, des Vertretenen, und mit Wirkung für und gegen diesen Willenserklärungen abgibt oder entgegennimmt. Im Namen eines andern handelt aber jemand nur dann, wenn er entweder ausdrücklich erklärt, nicht für sich abzuschließen, oder dies aus den Umständen ersichtlich ist.[3]) Für den Fall, daß die Vertreterstellung seines Gegenüber dem Partner nicht offenkundig wurde, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 164 Abs. 2: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht".

Der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, ist für sich kein Willensmangel im Sinne des Gesetzes. Willens-

---

[1]) a. a. O. Anm. 4 zu § 166 S. 362.
[2]) a. a. O. S. 59.
[3]) § 164 Abs. 1 BGB.

mängel im technischen Sinn spielen freilich mit herein. Daß dem Partner der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar wird, kann seinen Grund in einem Irrtum oder in einer Mentalreservation des Vertreters haben. Auch eine Drohung von dritter Seite kann daran schuld sein. Ja es ist schließlich möglich, daß der Vertreter durch arglistige Täuschung seitens eines Dritten bewogen wurde, sich über seine Vertreterstellung nicht zu äußern (der Dritte hatte in ihm den Glauben erweckt, als sei der Gegenkontrahent genügend informiert).

Soll nun mit dem prägnanten Satz: „der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, kommt nicht in Betracht" jede Berufung auf einen dieser Willensmängel, soweit sie an sich rechtliche Beachtung gefunden hätten, abgeschnitten sein?

Die Streitfrage, die der § 164 Abs. 2 nach dieser Richtung aufgeworfen hat, ist allerdings niemals in dem ebengenannten Umfang gestellt worden. Nur der § 119 und die Frage, ob er durch § 164 Abs. 2 ausgeschlossen sei, hat Anlaß zu Zweifeln gegeben. Weitaus die meisten sind für seinen Ausschluß.[1]) Nur vereinzelt findet man die gegenteilige Ansicht vertreten. So neuerdings von Biermann.[2]) Auch wir schließen uns der allgemeinen Meinung nicht an. Der Abs. 2 sagt uns — und damit berühren wir eine zweite, hier aufgetauchte Streitfrage — nur, daß der Gegenkontrahent, wenn er das Vertretungsverhältnis nicht hat erkennen können, Ansprüche sowohl gegen den Vertretenen wie auch den Vertreter hat. Nimmt er den Vertreter in Anspruch, so sieht er das Geschäft vom Vertreter als im eigenen Namen geschlossen an und der Vertreter muß das gegen sich gelten lassen. Wenn dem aber so ist, und die Erklärung als im eigenen Namen abgegeben zu gelten hat, so ist nicht einzusehen, warum sie von ihrem Urheber nicht auch nach den allgemeinen Grundsätzen sollte angefochten werden können. Und warum will man den Fall, wo der Vertreter irrigerweise angenommen hatte, die Umstände ergäben, daß er in fremdem Namen handle, oder er irrigerweise glaubte, dies deutlich genug erklärt zu haben, anders behandeln als etwa den der Drohung, wo keiner die Anfechtung versagen wird? Konsequent ist das nicht; der Wortlaut des § 164 Abs. 2 müßte mit demselben Recht wie dem § 119 so dem § 123 entgegengehalten werden.

Zu welcher Unbilligkeit würde endlich der Ausschluß des § 119 in dem obenerwähnten Falle führen, daß der Vertreter in-

---

[1]) Planck S. 285; Staudinger S. 520; Oertmann S. 510; Achilles Anm. 6 zu § 164; Enneccerus Bd. 1, 1 S. 425; Cosack S. 232 usw.

[2]) a. a. O. S. 260 Anm. 5.

folge arglistiger Täuschung durch einen Dritten annimmt, der Gegner habe von seiner Vertreterstellung Kenntnis und er deshalb eine diesbezügliche ausdrückliche Erklärung unterläßt! Aus § 123 BGB. wäre ein Anfechtungsrecht nicht herzuleiten; denn die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wäre nur möglich, wenn der Gegenkontrahent von der Täuschung wußte oder wissen mußte. Womit zugleich der Rahmen des § 164 Abs. 2 überschritten würde, da ja dann für den Gegner die Umstände ergäben oder ergeben müßten, daß in fremdem Namen gehandelt werden solle. Aber mit dem Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung konkurriert hier das wegen Irrtums, nämlich wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung (§ 119). Der Vertreter meinte, er gebe die Erklärung für den andern erkennbar im Namen des Vertretenen ab. Die Kenntnis der Vertretereigenschaft war vorausgesetzter Inhalt der Erklärung. Sollte es im Fall der Täuschung nun wirklich bei der strengen Haftung des Selbstkontrahenten auf das Erfüllungsinteresse bleiben, ohne ihm die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums zu geben? Gewiß nicht. Der eventuelle Ersatz des negativen Vertragsinteresses aus § 122 genügt dem Gegner vollkommen und trifft den Vertreter wenigstens nicht so schwer.

Wir sind also der Ansicht, daß der § 164 Abs. 2 die Frage der Willensmängel, den Irrtum mit eingeschlossen, ganz unberührt läßt.[1]) Es kann nichts daran ändern, wenn Biema[2]) meint, mit der Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums sei die Anwendung des § 164 Abs. 2 in der Mehrzahl der Fälle illusorisch gemacht.

Bei dem umgekehrten Fall, wo jemand im eigenen Namen handeln wollte, aber aus irgendeinem Grunde erklärt hat, für einen andern zu handeln, sagt Biermann,[3]) stehe auch nach der allgemeinen Meinung der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Willensmängel nichts im Wege. Mit Recht. Denn da gar kein Stellvertretungsverhältnis vorliegt, handelt es sich um eine gewöhnliche, vom Selbstkontrahenten abgegebene Erklärung, für die keine besonderen Rechtssätze gelten. — Vgl. aber den Standpunkt des Oberlandesgerichts Breslau in der Entsch. v. 15. 1. 1906 (Das Recht 10. Jahrg. S. 240), wo trotz Fehlens des Stellvertretungsverhältnisses und Vorhandenseins des Willens, im eigenen Namen zu handeln, dem Willensmangel des Irrtums

[1]) s. dagegen van Biema, Der stellvertretende Abschluß obligatorischer Verträge, Erlanger Diss. 1906, S. 65: der Zweck des Abs. 2 § 164 besteht lediglich darin, die Anfechtbarkeit wegen Irrtums auszuschließen.

[2]) a. a. O. S. 62.

[3]) a. a. O. S. 260 Anm. 5.

nicht stattgegeben wurde, weil auch nur die Umstände ergaben, daß die Erklärung im Namen eines andern erfolgte. (Es hatte jemand, der eine Sache des Auftraggebers im eigenen Namen verkaufen durfte, die Unterhandlungen schriftlich auf Briefbogen des Auftraggebers geführt und übersehen, den Willen im eigenen Namen zu handeln, erkennbar zu äußern.)

Auf seiten der mit dem Vertreter abschließenden Gegenpartei sind die Willensmängel natürlich in allen Fällen von Bedeutung. Die Fälle §§ 116—119 (120) bieten nichts Besonderes. Es wäre denn darauf aufmerksam zu machen, daß das Recht auf Schadensersatz nach § 122 selbstverständlich dem Vertretenen zusteht, da ja alle Rechtswirkungen der Vertreterhandlung (sie besteht hier in der Entgegennahme der nichtigen bezw. anfechtbaren Erklärung) in der Person des Vertretenen zur Entstehung kommen, Rechte mithin nur diesem erworben werden.

Ein Wort der Klärung verlangt nur der § 123, soweit er die arglistige Täuschung betrifft. Während die Anfechtung wegen Drohung immer möglich ist, unbekümmert um die Person des Bedrohers oder die Art der Willenserklärung (empfangsbedürftig oder nicht empfangsbedürftig), ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung der Beschränkung unterworfen, daß sie, sofern es sich um eine empfangsbedürftige Erklärung handelt, nur gegeben ist, wenn entweder der Empfänger selber der Täuschende war oder er die von dritter Seite verübte Täuschung kannte oder kennen mußte.[1])

Bei der Stellvertretung kann nun die Täuschung des Gegenkontrahenten ausgehen vom Vertreter, vom Vertretenen oder von sonst einer Person..

1. Ging sie vom Vertreter aus, so ist das Geschäft in allen Fällen anfechtbar; denn der Vertreter ist ja der Geschäftsgegner des Anfechtenden. (Daß der Vertreter kein Dritter im Sinne des § 123 ist,[2]) braucht nicht erst gesagt zu werden; das kann auf dem Boden der Repräsentationstheorie niemals zweifelhaft sein. Die Anfechtung ist möglich, gleichviel ob der Vertretene um die Täuschung wußte bezw. wissen mußte oder nicht.)

2. Ging sie vom Vertretenen aus, so ist ebenfalls das mit dem Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft immer anfechtbar. Die Besonderheit des § 123 Abs. 2 Satz 1 entfällt hier. Es ist einerlei, ob der Vertreter von der durch seinen Prinzipal verübten Täuschung Kenntnis hatte oder nicht. Der Vertretene ist kein Dritter im Sinne dieser Vorschrift; denn er ist unmittelbar am

---

[1]) § 123 Abs. 2 Satz 1.
[2]) Fischer-Henle Anm. 7 zu § 123; Staudinger Anm. 3b zu § 123.

Geschäft beteiligt: die Wirkungen des Geschäftes treten in seiner Person ein.[1])

3. Ging die Täuschung von sonst einer Person aus, so bewendet es bei der Vorschrift des § 123 Abs. 2. Hat also der Gegenkontrahent dem Vertreter gegenüber eine Willenserklärung abgegeben, so kann sie nur angefochten werden, wenn dieser — der Vertreter — die Täuschung kannte oder kennen mußte. Insofern steht der § 166 Abs. 1, der nicht nur für die Willensmängel, sondern auch für das Kennen und Kennenmüssen gewisser Umstände die Berücksichtigung prinzipiell nur der Person des Vertreters vorschreibt, mit dem § 123 Abs. 2 nicht in Widerspruch. Wohl aber kommt man angesichts des klaffenden Zwiespaltes zwischen dem kategorischen § 166 Abs. 1 und § 123 Abs. 2 Satz 2 in arge Verlegenheit. Es bedeutete jedenfalls eine große Unbilligkeit, das Wissen oder fahrlässige Nichtwissen[2]) des Vertretenen ganz unbeachtet zu lassen. Wo nur der gute Glaube des Vertreters gefordert wäre, und dies Erfordernis allein genügte, könnte der Prinzipal ruhig in fraudem legis handeln, ohne eine wirksame Anfechtung zu gewärtigen zu haben. Das geht gegen den Geist des Rechts und kann auch in § 166 nicht ausgesprochen sein. So kann ich mich nur der schon von den ersten Bearbeitern des Gesetzes (auch in anderer Hinsicht) geübten abfälligen Kritik des § 166 anschließen und meine (insbesondere) mit Kuhlenbeck,[3]) daß der Gesetzgeber der Tragweite der Bestimmung des § 166 Abs. 1 sich nicht bewußt gewesen ist. Dann aber bleibt für die Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 Satz 2, der übrigens für die Stellvertretung wie zugeschnitten ist, kein Zweifel und man braucht nicht wie Maaser[4]) den Umweg über die allgemeine Schadensersatzpflicht aus §§ 823, 826 zu wählen, um das verletzte Rechtsempfinden wieder zu versöhnen. Es muß also Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen von der Täuschung durch einen Dritten selbst dann zur Anfechtung berechtigen, wenn der Vertreter gutgläubig war. Haben freilich weder Vertreter noch Vertretener die Täuschung gekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt, so ist die Anfechtung ausgeschlossen.

Die Anwendung des § 123 Abs. 2 ist jedoch etwas modifiziert durchzuführen. M. E. kann der Gegenkontrahent dem Vertretenen

---

[1]) s. Hölder, Komm. Anm. 5 zu § 166: Die Schuld des Vertretenen schließt die Möglichkeit aus, das Rechtsgeschäft trotz der Anfechtung des Getäuschten geltend zu machen; Planck Anm. 4 zu § 167 a. E.; Staudinger Anm. 4 zu § 166; Oertmann Anm. 3b S. 382.

[2]) s. BGB. § 122 Abs. 2 a. E.

[3]) Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. Teil 1 1898 S. 477.

[4]) Maaser, Erläuterung des § 166 BGB., Jenaer Dissert. 1902, S. 38.

gegenüber anfechten nicht nur, wenn dieser selbst die Täuschung kannte oder kennen mußte, sondern auch dann, wenn dies bei dem Vertreter zutrifft. Dem Vertreter gegenüber halte ich die Anfechtung nur für möglich, wenn entweder dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte (dann aber auch stets), oder er zur Entgegennahme der Anfechtungserklärung Vollmacht besitzt; was im Zweifel anzunehmen sein wird. —

Der Fall, daß das in Vertretung vorgenommene Rechtsgeschäft nicht drei, sondern vier Personen umschließt, insofern auch die Gegenpartei sich vertreten läßt, ist ohne Schwierigkeit. Das Rechtsgeschäft kommt dann auf dem Wege doppelter Stellvertretung zustande, Vertreter schließt mit Vertreter ab. Dieselben Rechtssätze gelten für die Vertretung auf der einen wie für die auf der anderen Seite.

II.

Nun zur Behandlung der Willensmängel bei der Eheschließung.

1. Die §§ 1323 u. 1330 lassen keinen Zweifel darüber, daß das Gesetz die Fälle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe in den §§ 1324—1328, §§ 1331—1335 nicht beispielsweise, sondern erschöpfend aufgezählt hat. Für die Frage der Willensmängel ist es nun interessant zu sehen, daß die Fälle der bewußten Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung (Mentalreservation, Scherz und Simulation) weder bei den Nichtigkeitsgründen noch bei den Anfechtungsgründen Erwähnung gefunden haben. Sonach wäre ihre Anwendbarkeit ohne weiteres ausgeschlossen.

Das ist jedenfalls die herrschende Meinung,[1]) der nur ganz vereinzelt widersprochen wird.[2]) Suchen wir der Frage gerecht zu werden, so muß zugegeben werden, daß ihre befriedigende Lösung ein gesetzgeberisches Problem bedeutet. Auf der einen Seite kann man nicht wohl Vorschriften zum Gesetze machen, die es ermöglichten, in freier Willkür den Bestand einer jeden Ehe in Frage zu stellen; auf der andern muß immerhin mit den wenn auch seltenen Fällen gerechnet werden, wo erkannte Mentalreservation, scherzhafte Nichternstlichkeit und Simulation von rechtspolitischen

[1]) Staudinger Bd. 1 Anm. 6 zu § 116, Anm. 4 zu § 117, Anm. 3 zu § 118, Bd. 4 Anm. 1 zu § 1323, Anm. 3 zu § 1332; Planck Bd. 1 S. 211 zu § 116 a. E., zu § 117 unter 1, Bd. 4 Anm. 2 zu § 1323, Anm. zu 1332; Oertmann Bd. 1 Anm. 5d zu § 116, Anm. 3b zu § 117; Schmidt Anm. 1b zu § 1323, Anm. 5 zu § 1332; Opet Anm. 1 zu § 1323; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1332. Ebenso die Lehrbücher.

[2]) Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 2 Anm. 1 zu § 1332; Scherer, Familienrecht des BGB. für das Deutsche Reich Anm. zu § 1332; Kipp-Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts I 8. Aufl. 1900 § 75 a. E.

Gesichtspunkten aus die Aufrechterhaltung der Ehe nicht ratsam erscheinen lassen. Beides läßt sich kaum vereinigen, und so wird man das leichtere Bedenken im Interesse des gewichtigeren fallen lassen müssen.

Den Motiven scheinen die Fälle der Nichternstlichkeit keiner Beachtung wert gewesen zu sein. Rigoros schneiden sie jeden dahingehenden Einwand ab. „Das Institut der Eheschließung verträgt keinen Mißbrauch. Wer unter den vorgeschriebenen Formen erklärt, daß er die Ehe schließe, muß zu seinem Worte stehen" (Mot. 4 S. 55).

So gewiß nun auch das Interesse der Rechtssicherheit den grundsätzlichen Ausschluß der fraglichen Willensmängel als Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe erfordert, so wird doch bei manchen Ausnahmefällen die Anwendung der starren Rechtsnorm als unbillig empfunden werden. Aufgabe der Wissenschaft und Praxis ist es, für solche Fälle unter richtiger Würdigung der der Rechtsnorm zugrunde liegenden Idee einen vermittelnden, dem Einzelfalle gerecht werdenden Standpunkt einzunehmen. Das kann und darf freilich nicht mit der Verletzung des Gesetzes erreicht werden. Es wird darnach zu trachten sein, die als billig erkannte Entscheidung unter das Gesetz unterzubringen.

Das haben Neumann und Scherer bezüglich der in Frage stehenden Willensmängel bei § 1332 versucht. Scherer glaubt, die §§ 116—118 seien hier mit Stillschweigen übergangen. Aber dadurch würden sie nicht außer Kraft gesetzt, da sie im „allgemeinen Teil" stünden, in den späteren Teilen des Gesetzbuches also stets Anwendung finden müßten, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen seien. — Neumann ist der Meinung, die Vorschrift des § 1332 betreffe „a) den unbewußten Mangel des erklärten Eheschließungswillens (Irrtum über den Inhalt der Erklärung oder über die Erklärungshandlung vgl. § 119), b) den bewußten Mangel des Eheschließungswillens (vgl. §§ 116 Satz 2, 117, 118)." (Auch Scherers Rubrizierung der §§ 116—118 unter § 1332 kann nur den Halbsatz 2 dieses Paragraphen im Auge haben).

Gegen diese Ansicht, daß § 1332 vom unbewußten und bewußten Mangel des Eheschließungswillens handle, ist an sich nichts einzuwenden. Das Gemeinsame der beiden Fälle des § 1332 ist, daß trotz des Fehlens des Willens, eine Ehe einzugehen, eine auf das Vorhandensein dieses Willens schließen lassende gegenteilige Erklärung abgegeben wird. Das Trennende: daß im Falle II die Tatsache des Willensmangels dem Erklärenden bewußt ist, im Gegensatz zu Fall I, wo ihm, wie die rechtliche Qualifikation der Handlung überhaupt, so auch natürlich jener Mangel nicht zum Bewußtsein gekommen ist.

Da nun auch bei den Fällen der Nichternstlichkeit der Handelnde sich des Mangels des Geschäftswillens bewußt ist, lag es nahe, diese mit hereinzuziehen. Jedoch zu Unrecht. Denn nicht darauf kommt es hier eigentlich an, ob mir der Mangel des Willens, eine Ehe zu schließen, bewußt ist oder nicht, sondern darauf, ob ich mir der Nichtübereinstimmung meines Willens mit meiner Erklärung bewußt bin oder nicht. Dieses Bewußtsein fehlt aber in beiden Fällen des § 1332, während es bei der Mentalreservation, dem Scherz und der Simulation vorhanden ist.

Wir können daher in § 1332 nicht den Mangel des Eheschließungswillens als besonderen Anfechtungsgrund statuiert finden, der ja dann möglicherweise für die §§ 116—118 Raum hätte. Das Gesetz selber zählt, wie sich aus § 1337 Abs. 2 ergibt, den § 1332 zu den Irrtumsfällen, auch spricht die ganz analoge Fassung des § 1332 mit § 119 dafür, daß nur der Irrtum hier Berücksichtigung erfahren sollte. Man vgl. § 1332: Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der bei der Eheschließung nicht gewußt hat, daß es sich um eine Eheschließung handle, oder dies zwar gewußt hat, aber eine Erklärung, die Ehe eingehen zu wollen, nicht hat abgeben wollen. § 119: Wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten ... Der in § 1332 nur als error in negotio erwähnte Irrtum über den Inhalt der Erklärung hat in § 1333 im error in persona seine Ergänzung.

Viel zweifelsfreier immerhin ging der Wille des Gesetzgebers aus dem Entw. I. Lesung hervor. Der dem § 1240 des Entw. II, der unverändert als § 1332 zum Gesetz geworden ist, entsprechende § 1259 Nr. 2 des Entw. I lautete: Die Ehe ist nur dann anfechtbar: 2. wenn einer der Eheschließenden entweder den Willen, überhaupt eine Ehe zu schließen, oder den Willen, eine Ehe mit dem andern Teile zu schließen, bei der Eheschließung nicht gehabt hat und in beiden Fällen dieser Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrtume des Erklärenden beruhte.

So wird man an dieser Stelle die fraglichen Willensmängel nicht unterbringen können. Sie dürften damit überhaupt als Eheanfechtungsgründe außer Betracht bleiben.

Eine andere Frage ist es, ob nicht einer der Nichtigkeitsgründe weit genug ist, die Geltendmachung (namentlich der Simulation) zu ermöglichen. Da wäre nur der erste (§ 1324), mit dem sich operieren ließe. Er bestimmt: „Eine Ehe ist nichtig, wenn bei der Eheschließung die im § 1317 vorgeschriebene Form nicht

beachtet worden ist". Dieser § 1317 enthält die allein wesentlichen Erfordernisse der Eheschließung. Er schreibt vor, daß die Verlobten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einem zur Entgegennahme ihrer Erklärungen bereiten Standesbeamten erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Damit sei die Ehe geschlossen.

Wer macht also die Nupturienten zu Ehegatten? Der Standesbeamte? Ja und nein. Ja, weil ohne seine Mitwirkung eine Ehe nicht zustande kommt. Nein, weil kein Standesbeamter der Welt Mann und Frau gegen ihren Willen miteinander verheiraten kann. Der Konsens auf der einen Seite ist so notwendig wie die standesbeamtliche Intervention auf der andern. Der Konsens, das ist hier der Angriffspunkt. Wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Eheschließung ihrer juristischen Natur nach ein Vertrag ist und als solcher vor andern Verträgen nichts voraus hat, wenn man ferner richtiger Ansicht nach[1]) unter dem Vertragskonsens nicht die Übereinstimmung von äußeren Erklärungen, sondern die Übereinstimmung der Intentionen und Meinungen versteht und den Konsens als etwas rein Innerliches betrachtet, so ist der Weg gefunden. Da im Falle der Simulation ein Geschäftskonsens nicht vorhanden ist (denn der Konsens, den Standesbeamten über das Fehlen des Eheschließungswillens zu täuschen, hat hier nichts zu sagen), fehlt es an der ersten Voraussetzung zum Zustandekommen eines Vertrags. Die Eheschließung ist nichtig. — Die Nichtigkeit kann freilich, wenn die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden ist, nicht eo ipso geltend gemacht werden; es bedarf vielmehr der Nichtigkeitsklage (§§ 1324, 1329 BGB.). Außerdem dürften sich die Scheingatten in diesem Falle der intellektuellen Urkundenfälschung nach § 271 RStGB. schuldig gemacht haben.[2])

Auf den Konsens muß m. E. auch Kipp[3]) abgestellt haben, wenn er — etwas dunkel — sagt: „Die simulierte Eheschließung ist nichtig, gemäß § 1317; denn der Ausspruch des Standesbeamten schafft nicht die Ehe". Freilich hat er in der neuesten Auflage des Windscheidschen Buches[4]) seine Ansicht geändert.[5])

2. Um nun zum Irrtum bei der Eheschließung überzugehen, so ist von § 1332 und seinem Verhältnis zu § 119 bereits gesprochen worden. Der Unterschied der allgemeinen Vorschrift von der besonderen und somit die Notwendigkeit der letzteren liegt

---

[1]) s. Affolter, Zur Lehre vom Vertrag, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 8 S. 3.
[2]) s. Scherer a. a. O. Anm. zu § 1324.
[3]) a. a. O. S. 328.
[4]) 9. Aufl. 1906 Bd. 1 § 75 a. E.
[5]) Was dem Bearbeiter des 4. Bd. des Staudingerschen Komm. (3. u. 4. Aufl. 1908 Anm. 3 a. E. zu § 1332) unbekannt war.

nur darin, daß in § 1332 das Erfordernis der Untersuchung, ob die Erklärung auch bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles abgegeben worden wäre, fehlt.

Die in § 1333 behandelten Irrtumsfälle unterscheiden sich von denen des § 1332 insofern wesentlich, als hier der Irrende tatsächlich den Willen, eine Ehe zu schließen, gehabt hat. § 1333 kann demnach nur Irrtümer in bezug auf die Person des Geheirateten zum Gegenstand haben.

Der gröbste dieser Irrtümer ist der Irrtum in der Person selber. Der error in persona, der zu den typischen Fällen des Irrtums über den Inhalt der Erklärung gehört, ist bei der Eheschließung zweifellos derjenige Anfechtungsgrund, der am wenigsten einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Ein so eminent auf das rein Persönliche abgestimmtes Verhältnis, wie es die Ehe ist, verträgt es nicht, auf einem solchen Irrtum aufgebaut zu sein. So bestimmt denn § 1333 an erster Stelle: Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der sich bei der Eheschließung in der Person des andern Ehegatten geirrt hat" (§ 1333 Halbsatz 1). Die Gegenüberstellung dieses Irrtums mit dem Irrtum über persönlich Eigenschaften (§ 1333 Halbsatz 2) zeigt, daß es sich bei ersterem nur um den Irrtum über die Identität des andern Ehegatten, also um eine Personenverwechselung im eigentlichen Sinne handelt. Was unter einer solchen des näheren zu verstehen ist, hat Gerigk[1]) in überzeugender Weise dargetan. „Der Personenirrtum ist zu bestimmen als die fälschliche Ineinssetzung der Objekte zweier besonderer Personenvorstellungen; er ist eine Art des Identitätsirrtums. Vom Eigenschaftsirrtum unterscheidet er sich dadurch, daß er es mit zwei besonderen Personenanschauungen zu tun hat, während beim Qualitätsirrtum nur eine Personenanschauung in Betracht kommt. Der Qualitätsirrtum legt dem Objekte der einen Personenvorstellung eine ihm nicht zukommende Eigenschaft bei."

Ich verwechsele also zwei Personen miteinander nicht nur, wenn mir beide auf Grund eigener sinnlicher Wahrnehmung bekannt geworden sind, sondern auch, wenn sich von der einen Person etwa nur vom Hörensagen eine Vorstellung in mir gebildet hat. Gibt sich jemand für denjenigen aus, von dem ich mir aus irgend welcher Veranlassung ein Bild gemacht habe, so begehe ich einen Personenirrtum, wenn ich mit ihm kontrahiere.

Es ist nun die Frage: Hebt ein solcher Personenirrtum nicht auch den Konsens auf? Nicht unter allen Umständen. Es ist

---

[1]) Gerigk, Das Ehehindernis des Irrtums im kanonischen Recht, Breslauer Diss. 1898, S. 11.

möglich, daß die irrtümliche Annahme der Identität zweier Personen für den andern Teil nicht der vornehmlichste Beweggrund zur Eheschließung gewesen ist, daß vielmehr die verwechselte Person durch ihr ganzes Wesen und Verhalten der anderen die Eingehung der Ehe mit ihr hat wünschenswert erscheinen lassen. Kommt es zur Heirat, dann ist zwar auch im Augenblick der Eheschließung der Irrtum in der Person vorhanden, aber er vermag bloß dann den Ehekonsens auszuschalten und die Nichtigkeit der Ehe herbeizuführen, wenn er nicht nur mitbestimmend, sondern allein ausschlaggebend gewesen ist.[1])

Es ist zu begrüßen, daß das Recht unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs eine solche, immerhin schwierige Untersuchung, wie sie bei dem Charakter des error personae als eines trennenden, d. h. die Nichtigkeit bewirkenden Ehehindernisses nach kirchlichem Recht unumgänglich ist, entbehrlich macht. Indem es den Irrtum als solchen, ohne die Frage des Konsenses zu berühren, als Anfechtungsgrund aufgestellt, nimmt es für alle Fälle zugunsten des Irrenden an, daß dieser ohne den Irrtum die Ehe nicht geschlossen hätte, präsumiert so gewissermaßen stets den mangelnden Konsens. Freilich stattet es ihn nicht mit der Folge der Nichtigkeit aus. Dazu lag kein Grund vor. Denn einmal hat der Staat das größtmögliche Interesse an dem Bestand einer Ehe, und dann mag es häufig genug der Fall sein, daß die durch einen Irrtum aneinander Gebundenen sich gleichwohl als die rechten Lebensgefährten erweisen und erkennen. Dann aber müßten sie bei statuierter Nichtigkeit noch einmal zur Eheschließung schreiten.[2])

Der Irrtum über die Identität der Persönlichkeit des Ehegatten ist im ersten Falle des § 1333 die einzige Voraussetzung des Anfechtungsrechtes. Es ist insbesondere nicht erforderlich die Untersuchung, ob der Irrende bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Ehe nicht eingegangen hätte. Mag daher das angetraute Mädchen nach inneren und äußeren Vorzügen der eigentlichen Herzenskönigin noch so gleichen, ja sie übertreffen — nichts als sein freier Wille kann den jungen Ehemann zur Fortsetzung der Ehe bestimmen.

Der praktisch häufigste, aber für die Entscheidung im einzelnen auch schwierigste Anfechtungsgrund einer Ehe ist der in § 1333 Halbsatz 2 getroffene Irrtum über persönliche Eigenschaften. Die Abgrenzung dieses Irrtums gegenüber dem Irrtum in der Person ist um deswillen scharf zu erfassen, weil beim Irrtum über persönliche Eigenschaften der subjektiven

---

[1]) vgl. dafür stets Gerigk a. a. O. § 4.
[2]) s. auch Endemann, Lehrb. Bd. 2, 2 S. 200 Anm. 29.

Meinung des Irrenden nicht jene souveräne Bedeutung beigelegt wird, wie beim Irrtum in der Person. Der Irrtum wird bloß bezüglich solcher persönlicher Eigenschaften berücksichtigt, die den Irrenden bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von deren Eingehung abgehalten haben würden. Indessen liegt hierin neben der Betonung des objektiven, im richterlichen Ermessen seine Verkörperung findenden Standpunktes doch auch ein subjektives Moment. Dem Richter obliegt nicht allein die Untersuchung nach der irrtümlichen Voraussetzung solcher persönlicher Eigenschaften, deren Mangel an und für sich, d. h. mit dem Durchschnittsmaß allgemeiner Anschauung gemessen, geeignet war, den Eheschließungswillen aufzuheben. Er muß sich vielmehr auf den subjektiven Standpunkt des Irrenden stellen, muß sich dessen ganze Denk- und Anschauungsweise vor Augen stellen und dann prüfen, ob das Fehlen der als Anfechtungsgrund geltend gemachten Eigenschaften *gerade* oder *auch* für den Irrenden so erheblich war, daß dieser bei Kenntnis des Mangels voraussichtlich die Ehe nicht geschlossen haben würde.[1]) Immerhin hat hier das richterliche Ermessen den weitesten Spielraum.

Was unter den persönlichen Eigenschaften zu verstehen ist, ist ganz allgemein mit Sicherheit nicht zu sagen. Auch das Gesetz gibt keine Stütze. Aus seiner Entstehungsgeschichte ist jedoch zu entnehmen, daß persönliche Verhältnisse von den Eigenschaften wohl zu scheiden sind.[2]) So ist namentlich ein Irrtum über Vermögensverhältnisse ohne Belang.[3])

Die verständige Würdigung des Wesens der Ehe basiert auf den jeweils herrschenden sozialen Anschauungen. So pflegen die modernen Begriffe der Gesellschaft an das Verhalten der Ehegatten vor der Ehe, soweit es geschlechtliche Fragen betrifft, für beide Teile nicht gleichen Maßstab anzulegen. Es wird hier dem Manne vieles nachgesehen, was die Frau unter Umständen dauernd mit einem Makel behaften kann. In bezug auf sonstiges, namentlich von Gesetzesstrafen gefolgtes Verhalten herrscht gleiche Wertung.

Hervorzuheben ist noch, daß der Irrtum bloß bezüglich persönlicher Eigenschaften des andern Ehegatten, also nicht auch seiner Anverwandten Berücksichtigung findet. Möglich bleibt bisweilen die in einem breiteren Umfang gegebene Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, von der jetzt die Rede sein soll.

---

[1]) s. Entsch. d. RG. v. 14. 1. 1904; JurW. 1904 S. 114.
[2]) vgl. mit dem jetzigen § 1333 den § 1241 des 2. Entw.
[3]) Das folgt auch a fortiori aus § 1334 Abs. 2.

3. Was bei dem ohne verwerfliche Mitwirkung dritter Personen entstandenen Irrtum ein Anfechtungsrecht zu erzeugen nicht imstande war, vermag dies oft, falls der Irrtum in einer *arglistigen Täuschung* seitens eines anderen seinen Grund hat. Der § 1334 BGB. stützt das aus ihm resultierende Anfechtungsrecht auf einen ziemlich umfassenden Begriff. Jegliche dolos benützten *Umstände*, sofern sie nur mit dem Wesen der Ehe in Verbindung gebracht werden können, sind hier von Belang. Aber das ist notwendig. Wie für die allgemeine Vorschrift des § 123, so ist auch bei der durch arglistige Täuschung herbeigeführten Eheschließung erstes Erfordernis der Anfechtbarkeit das Bestehen des Kausalzusammenhangs zwischen der Täuschung und Willenserklärung. Doch genügt das hier nicht. Nicht hinsichtlich aller Umstände, die für den Eheschließungswillen von entscheidender Bedeutung waren, berechtigt die Täuschung zur Anfechtung. Es muß sich vielmehr um solche Umstände handeln, deren Vorhandensein oder Fehlen der Ehe, als rein sittliche, von materiellen Momenten losgelöste Institution betrachtet, das ihr notwendige Fundament zu nehmen geeignet ist. Das Gesetz spricht von Umständen, die den Getäuschten „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe" von der Eingehung derselben abgehalten hätten. (Nicht so der 2. u. 3. Entw., wo bloß von einer „verständigen Überlegung" die Rede ist). Wie beim Irrtum über persönliche Eigenschaften, so ist auch hier neben der objektiven Seite der subjektive Standpunkt des Getäuschten zu berücksichtigen.

Bei der Täuschung können nun (im Gegensatz zum Irrtum) namentlich auch die persönlichen Verhältnisse des anderen Ehegatten oder seiner Angehörigen als solche Umstände in betracht kommen; niemals aber laut gesetzlicher Vorschrift (§ 1334 Abs. 2) Vermögensverhältnisse.

Eine Abweichung von der allgemeinen Bestimmung des § 123 liegt außer der schon genannten noch darin, daß, falls die Täuschung nicht von dem andern Ehegatten verübt wurde, sondern von einem Dritten ausgegangen ist (den Schwiegereltern, dem Heiratsvermittler usw.) die Ehe nur anfechtbar ist, wenn der andere Ehegatte die Täuschung gekannt hat (§ 1334 Abs. 1 Satz 2). Das Kennenmüssen steht hier, anders als in § 123, dem Kennen nicht gleich.

4. Die Anfechtung der Eheschließung wegen *Drohung* unterscheidet sich in nichts von der anderer Rechtsgeschäfte. Hinsichtlich der Erheblichkeit genügt jede Drohung, die für den Eheabschluß kausal war. Es ist auch gleichgültig, ob, wenn die Drohung von einem Dritten ausgegangen war, der andere Ehegatte darum ge-

wußt hat oder nicht. Endlich braucht das in Aussicht gestellte Übel nicht notwendig gegen den Heiratskandidaten selbst gerichtet zu sein.

III.

Anders als bei den Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Eheschließung hat das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich der Verfügungen von Todeswegen nirgends eine Bestimmung, aus welcher die Ausschließlichkeit der dort genannten Unwirksamkeits- und Anfechtungsgründe erhellt. So können insbesondere die bei der Eheschließung aufgetauchten Zweifel, ob gewisse an der betreffenden Gesetzesstelle nicht erwähnte Willensmängel die im allgemeinen an sie geknüpften Rechtsfolgen auch in dem speziellen Falle äußern, hier nicht aufkommen. Es sind vielmehr mangels besonderer Bestimmungen die Vorschriften des „allgemeinen Teils" ergänzend heranzuziehen.

Die Verfügungen von Todeswegen sind entweder einseitige oder zweiseitige. Die ersteren nennt das Gesetz „letztwillige Verfügungen" und versteht darunter jede Art von Testament. Die zweiseitigen sind die Erbverträge.

1. Von den Willensmängeln bei letztwilligen Verfügungen handelt § 2078. Die Rede ist dort nur von Irrtum und Drohung. Die Täuschung ist nicht erwähnt, die Mentalreservation, wie die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bewirkenden Willensmängel sind stillschweigend übergangen.

Was zunächst die letztere Gruppe anlangt, so findet man zwar allgemein die Ansicht vertreten, daß auf eine nicht ernstlich gemeinte letztwillige Verfügung, von der ihr Urheber bei der Errichtung voraussetzte, daß niemand sie für ernst halten werde, der § 118 Anwendung finde, und das ohne die eventuelle Schadensersatzpflicht des § 122, die der § 2078 Abs. 3, allerdings zunächst nur im Hinblick auf den Irrtum, abschneidet. Die Möglichkeit einer simulierten und nach § 117 nichtigen letztwilligen Verfügung aber wird durchweg verneint, da diese Vorschrift nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen gelte.[1]) Hier zeigt sich wieder, wie wenig ein strenges Festhalten an der im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Lehre von der Willenserklärung befriedigen kann, zu welch unbilligen Forderungen insonderheit jene an der Verdunkelung des Erklärungsbegriffes so große Schuld tragende Scheidung der Willenserklärungen in solche, die „einem andern gegenüber" abzugeben sind, und solche, bei denen dies nicht er-

[1]) So Planck Bd. 5 S. 357; Staudinger Bd. 5 S. 368.

forderlich ist, führen muß. Das Testament gilt allgemein als eine Erklärung, die „einem andern gegenüber" nicht abzugeben ist, bei der also ein Zugang an irgendwen — darin wird das Wesen der Empfangsbedürftigkeit erblickt — nicht notwendig sei. Es ist ein Verdienst Manigks, auch dieser Meinung die nötige Korrektur gegeben zu haben. Danach hat der Testator durchaus nicht alles getan, wenn er seinen letzten Willen zu Papier gebracht hat. Es ist auch beim Testament, wie bei jeder Erklärung, für den Zugang an die Beteiligten Sorge zu tragen. Nur daß dies hier leichter gemacht ist als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden.[1])

Aber selbst wenn man den Boden der alten Anschauung über die Empfangsbedürftigkeit nicht verläßt, ist die Beschränkung des § 117 auf die empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht zu rechtfertigen. Es gibt ein simuliertes und wegen Simulation nichtiges Testament. Die Gegenmeinung will hier den § 116 in Anwendung bringen,[2]) und zwar müßte das Satz 1 sein, der jede Art von Willenserklärungen betrifft. Das Testament wäre darnach aufrecht zu erhalten. Es ist aber zu beachten, daß die ratio legis bei § 117 keine andere ist als bei den §§ 116 u. 118, nämlich die, den Erklärenden nur im Falle der Täuschung des Gegners beim Wort zu halten. Dieser ratio gegenüber muß die Scheidung der Erklärungen und eine etwaige entgegengesetzte Behandlung der geschiedenen Erklärungen zurücktreten. (Man mag vielleicht einwenden, bei der nicht empfangsbedürftigen Erklärung fehle es ja überhaupt an einem Gegner, der getäuscht werden könnte, da sich die Erklärung an die Allgemeinheit richte. Doch werden die Anhänger der alten Lehre der neuen wenigstens die Konzession machen, aus dieser Allgemeinheit die an der Erklärung sachlich interessierten Personen auszunehmen.) Siehe auch das Beispiel bei Manigk[3]): A. übergibt dem B. auf dessen Bitte ein holographisches Testament, in dem er den B. zum Schein und mit dessen Einverständnis als Erben einsetzt. Er übergibt dem B. auch das Testament, damit dieser dadurch etwa Kredit oder sonst einen Vorteil erlange. Stirbt A., ohne die Urkunde vernichtet zu haben, so würde es der ratio des § 117 völlig widersprechen, wenn B. nun Erbe wird, und zwar nur deswegen, weil das Testament keine Willenserklärung wäre, „die einem anderen gegenüber abzugeben ist".

Über die Anwendbarkeit der Mentalreservation auf letztwillige Verfügungen herrscht Einigkeit, soweit der Vorbehalt wirklich ge-

[1]) s. die näheren Ausführungen Manigks, Willenserkl. u. Willensgesch. S. 328 ff.

[2]) So Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 364.

[3]) a. a. O. S. 308.

heim bleibt. Bezüglich des § 116 Satz 2 dürfte (wie bei der Simulation) die ratio legis eine Ausdehnung auf die nicht empfangsbedürftigen Erklärungen unbedenklich gestatten.[1] [2])

Wir gehen nun zu dem in § 2078 zunächst genannten Irrtum über und haben uns über den Spezialcharakter dieser Vorschrift klar zu werden. Der § 2078 stimmt in seinem Abs. 1 mit § 119 Abs. 1 völlig überein. Mit einer einzigen Ausnahme: es ist von dem Erfordernis der „verständigen Würdigung des Falles" abgesehen und nur zu prüfen, ob der Erblasser die Erklärung auch bei Kenntnis der Sachlage abgegeben haben würde. Das bedeutet im Vergleich zu der allgemeinen Vorschrift ein noch weit größeres Eingehen auf die Intentionen des Handelnden, als es dort schon der Fall war. Dort durfte es wenigstens keine törichte Partei sein, wenn sie die Durchsetzung ihres Willens rechtlich gewährleistet sehen wollte, hier erhält jeder Wille, wie absonderlich er auch sein mag, den Schutz des Rechts. Nirgends ist das Willensdogma zu so absoluter Durchführung gebracht als in den Vorschriften über die Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen. Der Wille dominiert einer widerstrebenden Erklärung gegenüber unbedingt.[3])

Auf solcher Grundlage ist es nicht weiter auffällig, daß bei den Geschäften von Todeswegen auch der Entstehung des Willens ein ganz anderes Augenmerk geschenkt ist als bei den

---

[1]) vgl. auch hierfür Manigk a. a. O. S. 307.

[2]) Endemann (Lehrb. Bd. 3 S. 202) hat in einem Abschnitt über die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen eine mir unverständlich gebliebene Ausführung. „Praktisch besonders wichtig", sagt er, „sind die Fälle, in denen eine „Divergenz" zwischen Wille und Erklärung vorliegt, weil nachweislich der Erblasser die benannte Person nicht einsetzen oder über einen bezeichneten Gegenstand andere Verfügungen treffen wollte, als er es getan hat. Nichtig ist insbesondere eine dem „Ehegatten" gemachte Zuwendung, sofern der als solcher Bezeichnete überhaupt nicht durch gültige Ehe mit dem Erblasser verbunden oder die Ehe beim Erbfall wieder aufgelöst oder angefochten war. Dasselbe gilt für den ‚Verlobten' . . ." (§ 2077 BGB.). — Worin hier die Divergenz zwischen Wille und Erklärung bestehen soll, ist nicht ersichtlich, da die Fälle des Schein- und Scherzgeschäftes offenbar nicht getroffen werden sollen. Auch die Anmerkung: „Die Fälle der Divergenz sind nicht mit denen des Irrtums zu verwechseln", trägt nicht zur Klärung bei. Selbst wenn man stets eine Sinnesänderung des Erblassers bezüglich der seinerzeitigen Zuwendung an den Ehegatten oder Verlobten annehmen wollte — der § 2077 trifft aber z. B. auch die mangels erfüllter Voraussetzungen des § 1324 Abs. 2 Satz 1 nichtig gebliebene Ehe — liegt keine Divergenz vor, weil hierfür doch, wie schon früher bemerkt, der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung allein entscheidend ist.

[3]) Das Gesagte wird selbstverständlich nicht dadurch umgestoßen, daß Zwecke, die mit Recht und Sittlichkeit unvereinbar sind, ohne Beachtung bleiben. Ein Rechtsschutz ist nur in den Grenzen des vor Recht und Sitte Erlaubten möglich. Vgl. auch Endemann Bd. 3 S. 209 Anm. 7.

Geschäften unter Lebenden. Der Abs. 2 des § 2078 statuiert die Erheblichkeit des Irrtums auch im Beweggrunde, sofern dieser der eigentliche Bestimmungsgrund gewesen ist. Er ermöglicht die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, soweit der Erblasser zu dieser „durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist".

Diese weitgehende Anerkennung der rechtlichen Bedeutsamkeit eines Irrtums im Motiv machte eine besondere Namhaftmachung der arglistigen Täuschung als Anfechtungsgrundes entbehrlich. Sie wird von den Worten „irrige Annahme eines Umstandes" mitbetroffen.

Aus dem Gesichtspunkt des Irrtums im Beweggrund heraus zwar zu deuten, aber doch als neuer und selbständiger Anfechtungsgrund aufgestellt ist in § 2079 die unbeabsichtigte Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten. Während nämlich in den Fällen, die § 2078 Abs. 2 trifft, die Anfechtung nur unter dem Nachweis des Irrtums des Erblassers von Erfolg ist, besteht in diesem speziellen Falle die gesetzliche Vermutung, daß der Erblasser bei genügender Kenntnis, Voraussicht und Überlegung eine Verfügung wie die zur Frage stehende nicht getroffen haben würde.[1]) Es genügt hier der Beweis des Pflichtteilsberechtigten, daß sein Vorhandensein dem Erblasser bei Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder daß er erst nach Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Diesen Beweis vermag nur der Gegenbeweis des Bedachten zu entkräftigen, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage in der geschehenen Weise verfügt hätte.[2])

Bezüglich der in § 2078 Abs. 2 noch als Anfechtungsgrund erwähnten widerrechtlichen Drohung besteht bei letztwilligen Verfügungen wie bei der Eheschließung und in sonstigen Anwendungsfällen keine Besonderheit, insofern der in den allgemeinen Vorschriften gegebene Begriffsinhalt dieses Willensmangels keinerlei Modifikationen erleidet.

In all diesen Fällen brauchte man dem Erblasser selber die Möglichkeit einer „Anfechtung" nicht zu geben. Ist ihm doch das Recht eingeräumt, einen einseitigen letztwilligen Akt jederzeit frei zu widerrufen[3]) (§ 2253 BGB.). Für den Fall aber, daß nach

---

[1]) vgl. Planck Bd. 5 S. 364.

[2]) § 2079 Satz 2 BGB.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 S. 138 übt abfällige Kritik daran, daß das Anfechtungsrecht nicht auch dem Erblasser zugestanden ist, vor allem, weil hierin die von ihm nicht gebilligte, allgemein vertretene Ansicht, daß eine Bestätigung der anfechtbaren Erklärung durch den Erblasser den Willensmangel nicht zu heilen vermöge (vgl. § 144 BGB.), ihren Grund habe.

dem Tode des Erblassers Tatsachen zutage treten, die berechtigte Zweifel auslösen, ob es angesichts dieser im Sinne des Verstorbenen wäre, die vorliegende Verfügung als seinem wahren Willen entsprechend anzusehen und aufrechtzuerhalten, tritt das Anfechtungsrecht gewisser näher interessierter Personen ein. Es ist das gewissermaßen der auf Dritte übergegangene Widerruf des Erblassers. Was dem Erblasser nicht mehr möglich ist, das besorgen für ihn, wenn auch im eigenen Interesse, diese Dritten: sie veranlassen eine nachträgliche Richtigstellung der Verfügung aus den mutmaßlichen Intentionen des Erblassers heraus.

Wer diese Personen sind, sagt der § 2080 BGB. Darnach ist zur Anfechtung derjenige berechtigt, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde. Die Fassung ist ziemlich weit und begreift mancherlei Fälle. In der Regel wird als zur Anfechtung berechtigt in Betracht kommen: wer ohne die Verfügung die Erbschaft oder ein Vermächtnis erhalten oder doch ohne Beschwerung erhalten hätte. Im Falle des § 2079 steht das Anfechtungsrecht allein dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten zu, wie auch zur Anfechtung wegen Irrtums, sofern sich dieser nur auf eine bestimmte Person bezieht und diese anfechtungsberechtigt ist oder wäre, falls sie zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, eine andere Person nicht befugt ist.[1])

Die Anfechtung, die in den wichtigeren, vom Gesetz aufgezählten Fällen durch eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen hat, im übrigen (so namentlich bei Vermächtnissen) gemäß den allgemeinen Vorschriften durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, d. h. hier demjenigen, der auf Grund der fraglichen Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat,[2]) geschieht, ist an eine für alle Anfechtungsgründe einheitliche Präklusivfrist von einem Jahr gebunden, was bezüglich des Geschäftsirrtums (§ 2078 Abs. 1) eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen bedeutet.[3])

2. Grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen wie eine letztwillige Verfügung kann gemäß § 2281 BGB. ein Erbvertrag angefochten werden.[4]) Insbesondere ist also der Willensmangel des Irrtums in dem dort bezeichneten weiten Umfang auch hier als Anfechtungsgrund zugelassen und begreift den Fall der arglistigen Täuschung mit. Die Besonderheit des § 123 Abs. 2 BGB. gilt mithin bezüglich des Erbvertrags nicht. Für die wieder un-

[1]) § 2080 Abs. 2 u. 3 BGB.
[2]) § 143 Abs. 4 Satz 1 BGB.
[3]) vgl. § 2082 mit §§ 121, 124 BGB.
[4]) Nur ist zur Anfechtung auf Grund des § 2079 erforderlich, daß der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist (§ 2281 Abs. 1 Halbsatz 2).

erwähnt gebliebenen Fälle der Mentalreservation, Simulation und Nichternstlichkeit gelten selbstverständlich die Vorschriften der §§ 116 bis 118 BGB.

Das Anfechtungsrecht, das hier dem Erblasser selber zusteht und von ihm regelmäßig in Person und durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner ausgeübt werden muß, erlischt wie beim Testament mit unbenutztem Ablauf eines Jahres seit Kenntnis des Anfechtungsgrundes (Irrtum) bezw. Aufhören der Zwangslage (Drohung).[1])

Mit dem Tode des Erblassers erlangen ein Anfechtungsrecht diejenigen Personen, die zur Anfechtung einer letztwilligen Verfügung befugt sind. Das Anfechtungsrecht des Erblassers geht nicht etwa auf diese Personen über, wenn auch die Bestimmung des § 2285, wonach sie das Anfechtungsrecht nicht mehr geltend machen können, wenn dieses zur Zeit des Erbfalls durch Momente, die für die Person des Erblassers von Erheblichkeit sind (Bestätigung oder Fristablauf), erloschen ist, eine Rechtsnachfolge vielleicht nahelegen könnte. Schon der Wortlaut des § 2281: „Der Erbvertrag kann ... auch von dem Erblasser angefochten werden ..." läßt keinen Zweifel, daß es sich hier nicht um ein abgeleitetes Recht handelt. Immerhin ist die Selbständigkeit des Anfechtungsrechtes der Nachlaßbeteiligten (wie die Literatur jene Personen kurz nennt) angesichts des § 2285 eine recht beschränkte. Sie äußert sich eigentlich nur in dem von der Kenntnis des Erblassers unabhängigen Lauf der nach § 2082 einjährigen Präklusivfrist.[2])

---

[1]) §§ 2281, 2282, 2283 BGB.

[2]) Zurückweisen möchte ich an dieser Stelle eine Ausführung von Müller-Meikel, Das bürgerl. R. des Deutschen Reiches Bd. 2 S. 514. Dort heißt es bei Besprechung der Anfechtung des Erbvertrags durch andere Personen als den Erblasser:

> „Der Tod des Erblassers allein bewirkt den Untergang des Anfechtungsrechtes der außer dem Erblasser zur Anfechtung Berechtigten nicht. Das Anfechtungsrecht bleibt vielmehr bestehen, wenn der Erblasser, falls er noch leben würde, noch zur Anfechtung befugt wäre. Andererseits können die andern Anfechtungsberechtigten das Anfechtungsrecht noch bis zum Ableben des Erblassers geltend machen, auch wenn dieser sein Anfechtungsrecht bereits verloren hat."

Nach dieser Darstellung hat es den Anschein, als ob das Anfechtungsrecht dieser Personen schon vor dem Erbfall begründet wäre, was nicht der Fall ist. Der 3. Satz ist direkt falsch. Das Anfechtungsrecht der Nachlaßbeteiligten in bezug auf einen Erbvertrag folgt den Grundsätzen des Testamentsrechtes. Eine Kenntnis des Anfechtungsgrundes vor dem Tode des Erblassers ist freilich möglich. Aber sie kann nur von Bedeutung werden, insofern diese Personen dem Erblasser den Sachverhalt klarstellen und ihn bewegen, noch zu seinen Lebzeiten die letztwillige Verfügung zu widerrufen bezw. den Erbvertrag anzufechten. Zu einer selbständigen Anfechtung sind sie aber vor dem Tode des Erblassers nicht befugt. Ihr Anfechtungsrecht entsteht erst mit dem Erbfall.

3. Ermangelt, wie wir sahen, die arglistige Täuschung bei den Verfügungen von Todes wegen des selbständigen Charakters eines Anfechtungsgrundes, so wird sie im Anfechtungsrecht des Erbrechtes doch noch von besonderer Bedeutung. Sie bildet, wie auch die Drohung, nach § 2339 Abs. 1 Ziff. 3 einen Grund der Erbunwürdigkeit, die ihrerseits durch Anfechtung geltend gemacht werden kann. Angefochten wird aber nicht die letztwillige Verfügung oder der Erbvertrag, sondern gemäß § 2340 der Erbschaftserwerb des Erbunwürdigen. Schon diese Tatsache dürfte dafür sprechen, den Rechtsgrund für dieses Anfechtungsrecht nicht sowohl in der Verfehrtheit der freien Willensbildung des Erblassers, als vielmehr in der objektiven Verwerflichkeit der Handlungsweise des Täters zu suchen. Freilich wird dieser Standpunkt in den Protokollen ausdrücklich abgelehnt und als wahrer Grund der Erbunwürdigkeit der nicht oder nicht zuverlässig zum Ausdruck gekommene Wille des Erblassers hingestellt (Prot. Bd. 5 S. 636). Dem allgemeinen Rechtsempfinden entspricht dies aber nicht. Besonders ist die als konsequente Durchführung dieser Auffassung zu erachtende Bestimmung des § 2339 Abs. 2, wonach die Erbunwürdigkeit in den Fällen Abs. 1 Ziff. 3 nicht eintritt, wenn die Verfügung, zu deren Errichtung bezw. Aufhebung der Erblasser bestimmt worden ist, vor dem Eintritt des Erbfalls unwirksam geworden ist bezw. geworden wäre (Tod des Bedachten usw.), nicht unbedenklich und es fehlt nicht an Simmen in der Literatur, die darauf hingewiesen haben.[1]) Übrigens ist der der Vorschrift zugrunde gelegte Gedanke, daß unter den Voraussetzungen des Abs. 2 der Wille des Erblassers durch die Handlung des Erben nicht ungewiß geworden sei (Prot. Bd. 5 S. 642), nicht einmal immer zutreffend.[2])

Das Anfechtungsrecht wegen Erbunwürdigkeit stellt eine Ergänzung der Vorschriften über die Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen dar (Prot. Bd. 5 S. 636). Das gilt namentlich auch bezüglich der Täuschung und Drohung. Einmal, weil jetzt Täuschung und Drohung für die Anfechtung auch für den Fall bedeutungsvoll werden, daß der Erblasser durch sie zur Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen bestimmt worden ist (vgl. § 2339 Abs. 1 Ziff. 3) und diese Aufhebung nicht selber wieder eine Verfügung von Todes wegen darstellt (wie der Widerruf durch Testament [§ 2254], Errichtung eines späteren Testaments [§ 2258] — Fälle, die also schon unter § 2078 fielen —), und dann, was die Er-

---

[1]) vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht S. 292, 293 Anm. 4; Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 3 S. 359 Anm. 8.

[2]) vgl. auch hierfür die Zitierten.

richtung einer Verfügung von Todes wegen betrifft, „weil nur durch die Erbunfähigkeit jene Fälle getroffen würden, in welchen die Täuschung oder die Drohung zugunsten eines Dritten erfolgte oder der Täuschende oder Drohende auch ohne die Täuschung oder Drohung eine Zuwendung erhalten haben würde“ (Prot. Bd. 5 S. 641).

Im übrigen konkurriert dieses Anfechtungsrecht mit demjenigen aus § 2078. Anfechtungsberechtigt ist jeder, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur mittelbar, zustatten kommt (§ 2341). Das Anfechtungsrecht greift also auch bezüglich der Person des Berechtigten über das in den §§ 2078, 2080 gegebene hinaus. Die Anfechtung selber hat durch Klageerhebung innerhalb der für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bestimmten einjährigen Frist zu erfolgen (§§ 2342, 2340) und ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat (§ 2343).

Trifft das Anfechtungsrecht sowohl aus §§ 2078, 2080 als auch aus §§ 2339, 2341 in ein und derselben Person zu, so ist bei den einfacheren Voraussetzungen der Geltendmachung des ersteren (bloße Erklärung, keine Rücksichtnahme auf etwaige Verzeihung) diesem der Vorzug zu geben.

Sehr zustatten aber kommt die Anfechtungsmöglichkeit wegen Erbunwürdigkeit den Nachlaßbeteiligten des Erbvertrages. Sie läßt ihnen ein neues Anfechtungsrecht erstehen, das von jeder Beziehung zu dem des Erblassers losgelöst ist und schafft so das Mittel zur erfolgreichen Bestreitung eines durch verwerfliche Handlungsweise erlangten Rechtsvorteils.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.